

TRATTATO DI DIRITTO DEL LAVORO

diretto da MATTIA PERSIANI e FRANCO CARINCI

VOLUME NONO

---

ELENA BOGHETICH - DOMENICO BORGHESI - BRUNO BRATTOLI  
GIUSEPPE FERRARO - ANTONIO LEONARDO FRAIOLI - GABRIELE FRANZA  
PAOLO MORMILE - ATTILIO PALLADINI - CARLO PISANI  
PAOLO PIZZUTI - PIETRO POZZAGLIA - MAURIZIO TATARELLI  
ANTONIO VALLEBONA - GUIDO VIDIRI - GIOVANNI VILLANI

# IL DIRITTO PROCESSUALE DEL LAVORO

*a cura di*

ANTONIO VALLEBONA



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
2011

## CAPITOLO DODICESIMO

# LA CONCILIAZIONE NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

*Giuseppe Ferraro*

**SOMMARIO:** 1. Caratteri e finalità della conciliazione. - 2. L'evoluzione della conciliazione nelle controversie di lavoro. - 3. La conciliazione nella riforma delle procedure stragiudiziali. - 4. L'abolizione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. - 5. La moltiplicazione delle sedi conciliative. - 6. L'abolizione della procedura speciale per il settore pubblico. - 7. L'oggetto delle conciliazioni. - 8. La disponibilità dei diritti del lavoratore nelle procedure conciliative ed arbitrali. - 9. La parabola evolutiva dell'art. 2113 c.c. - 10. Le procedure arbitrali. - 11. L'attivazione della procedura conciliativa nel nuovo art. 410 c.p.c. - 12. Gli effetti della domanda sui termini di prescrizione e decadenza. - 13. La composizione della commissione di conciliazione. - 14. Il contenuto dell'istanza conciliativa. - 15. La competenza territoriale dell'organo di conciliazione. - 16. Le opzioni possibili - Il contraddittorio delle parti. - 17. Il accordo con la procedura arbitrale. - 18. La conciliazione giudiziale. - 19. La conciliazione sindacale. - 20. Le implicazioni della riforma sulle conciliazioni sindacali. - 21. La conciliazione nel lavoro pubblico. - 22. La procedura conciliativa di cui all'art. 412 *quater*. - 23. L'attività conciliativa degli organi di certificazione. - 24. L'invalidazione delle conciliazioni.

### 1. Caratteri e finalità della conciliazione.

Quando si parla di conciliazione si allude ad un fenomeno poliedrico che può assumere conformazioni molto differenziate a seconda del contesto in cui l'espressione viene adoperata e della relativa regolamentazione giuridica. Per questo motivo è difficile fornire una definizione dell'istituto valida in termini generali se non ricorrendo a formule meramente descrittive che si concentrano essenzialmente sull'obiettivo di comporre una lite attraverso la partecipazione di un terzo al di fuori - o

meglio in alternativa – delle procedure giudiziarie istituzionalmente deputate alla tutela dei diritti e alla definizione delle relative controversie<sup>(1)</sup>.

Peraltro lo stesso termine conciliazione si declina in significati diversi potendo, tra l'altro, alludere *sia* all'attività o procedimento attraverso il quale un accordo può essere raggiunto, *sia* all'atto negoziale conclusivo di tale attività, che può al suo interno incorporare negozi giuridici molto eterogenei (rinunzie, transazioni, negozi di accertamento, di riconoscimento del debito, etc.)<sup>(2)</sup>.

Ricostruita in termini così generali, la conciliazione rientra nella più ampia famiglia delle pratiche di A.D.R. (*alternative dispute resolution*), da tempo diffuse negli ordinamenti giuridici di stampo anglosassone e che in periodi più recenti hanno destato grande attenzione da parte dell'Unione europea<sup>(3)</sup>.

Nell'ampia categoria sommariamente evocata, si riscontrano poi distinzioni a volte molto sofisticate, essenzialmente in ragione della sede in cui la conciliazione viene effettuata (giudiziaria o extragiudiziaria); della composizione dell'organo conciliativo (collegiale o monocratico); del ruolo ricoperto dal conciliatore (mediativo, valutativo o facilitativo); del livello di formalizzazione della relativa procedura, che può assumere una maggiore o minore correlazione con la successiva fase processuale. Sotto quest'ultimo profilo la distinzione che più rileva è quella tra conciliazioni facoltative e conciliazioni obbligatorie, le quali ultime presuppongono una naturale pregiudizialità rispetto al processo.

Nell'ordinamento italiano l'istituto della conciliazione, da tempo presente nei vari ambiti disciplinari, ha riscontrato crescente interesse negli ultimi periodi principalmente quale strumento suscettibile di contenere la conflittualità sociale e di ridurre il contenzioso giudiziario, che in alcune materie e in alcune sedi giudiziarie ha raggiunto livelli assolutamente intollerabili, all'origine delle severe censure nei confronti dello Stato italiano da parte dell'Unione europea e della Corte di Strasburgo.

Espressioni significative del processo richiamato sono rappresentate dalle conciliazioni commerciali, da quelle previste nel codice di consumo, da quella relativa alle subforniture industriali e da quelle ormai da tempo operanti dinanzi alle varie *Authority* indipendenti. Ma quella che assume una migliore configurazione regolamentare è sicuramente la conciliazione in materia societaria<sup>(4)</sup>, introdotta dalla riforma del 2003, e sopravvissuta alla revoca parziale di tale riforma, la quale, all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003, contiene una definizione della conciliazione, suscettibile, secondo taluni, di assumere una portata di carattere generale anche ai fini regolamentari. La norma definisce la conciliazione come « *il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto all'interesse in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma* »<sup>(5)</sup>.

Su cui cfr. per tutti G. ALPA-T. GALLETTO, *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milano, 2004; nonché G. MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit.

<sup>(2)</sup> È anche il caso di richiamare la recente disciplina di cui all'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 che ha imposto l'obbligatorietà della mediazione stragiudiziale in una vasta gamma di materie, su cui cfr. per tutti C. VACCÀ-M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010; A. CASTAGNOLA-F. DELFINI, *La mediazione*, Padova, 2010.

<sup>(1)</sup> Su cui cfr. per tutti G. ALPA-T. GALLETTO, *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milano, 2004; nonché G. MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit.

<sup>(2)</sup> È anche il caso di richiamare la recente disciplina di cui all'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 che ha imposto l'obbligatorietà della mediazione stragiudiziale in una vasta gamma di materie, su cui cfr. per tutti C. VACCÀ-M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010; A. CASTAGNOLA-F. DELFINI, *La mediazione*, Padova, 2010.

<sup>(4)</sup> Su cui cfr. per tutti G. ALPA-T. GALLETTO, *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milano, 2004; nonché G. MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit.

<sup>(5)</sup> È anche il caso di richiamare la recente disciplina di cui all'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 che ha imposto l'obbligatorietà della mediazione stragiudiziale in una vasta gamma di materie, su cui cfr. per tutti C. VACCÀ-M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010; A. CASTAGNOLA-F. DELFINI, *La mediazione*, Padova, 2010.

## 2. L'evoluzione della conciliazione nelle controversie di lavoro

L'istituto della conciliazione presenta poi una configurazione del tutto peculiare in ambito lavoristico, non solo per l'antica tradizione di norme che ne regolano l'istituzione, ma anche perché deve fare i conti con i caratteri tipici del contratto di lavoro subordinato contraddistinto da una diffusa vincolatività della relativa disciplina protettiva come tale, almeno in linea di principio, insuscettibile di consentire atti dispositivi dei diritti che ne conseguono. Di qui un'antica polemica tra coloro che ritengono che l'istituto conciliativo, specie se male organizzato, possa compromettere i livelli di tutela assicurati dalla disciplina protettiva, legale o contrattuale, e sia quindi suscettibile di danneggiare la parte debole del rapporto di lavoro, e coloro che invece sono propensi ad esaltare le potenzialità dell'istituto, *sia* per evitare le pastoie del contenzioso giudiziario, spesso inutilmente lungo e costoso, *sia* per favorire relazioni sociali più flessibili e collaborative.

A volere tracciare una sommaria ricostruzione delle principali esperienze in materia – tralasciando quella proibitiva, pur molto significativa, ma inserita in una fase embrionale del diritto del lavoro – occorre ricordare che un tentativo obbligatorio di conciliazione venne introdotto nell'ordinamento corporativo attraverso una disposizione che prevedeva l'obbligo di denunciare preventivamente la controversia « *all'associazione legalmente riconosciuta della categoria a cui appartiene l'attore, anche se questi non sia socio* »: e ciò al fine di controllare il contenzioso del lavoro e di uniformare le modalità di applicazione della contrattazione collettiva. La disposizione venne poi quasi pedissequamente trascritta nell'art. 430 del codice di procedura civile (ma v. pure artt. 431, 432, 433 c.p.c.) nel quadro della disciplina delle controversie collettive ed individuali di lavoro, ma ebbe vita breve in quanto sostanzialmente travolta dalla successiva soppressione dell'ordinamento corporativo e delle istituzioni che ad esso facevano riferimento (d.lgs. c.p.s. 23 novembre 1944, n. 369).

Una disciplina radicalmente innovativa venne introdotta con la riforma del processo del lavoro disposta con la legge n. 533/1973, la quale, negli artt. 410 ss. c.p.c., ha regolato una procedura facoltativa di conciliazione da proporre dinanzi ad un organo amministrativo (la Commissione di conciliazione) costituito nell'ambito dell'Ufficio provinciale del lavoro. Procedura, questa, del tutto libera ed in qualche modo alternati-

va alle due procedure da sempre operanti: quella giudiziale, disciplinata in termini generali dall'art. 185 c.p.c., e quella sindacale, regolamentata da contratti e accordi collettivi e ampiamente diffusa in alcuni settori produttivi.

Su questa struttura di base è apparso come un'anomalia il tentativo obbligatorio di conciliazione introdotto con l'art. 5 della legge 11 maggio 1990, n. 108, nell'ambito di una disciplina che interveniva sull'istituto del licenziamento individuale con la finalità specifica di prevenire un *referendum* parzialmente abrogativo degli artt. 18 e 35 della legge n. 300/1970, che non assicuravano alcuna protezione ai dipendenti delle piccole imprese. Una volta estesa una tutela sia pure obbligatoria anche a tale categoria di dipendenti, si ritenne di stimolare la possibilità di una composizione bonaria delle controversie, per lo più di modico valore, attraverso un procedimento preventivo di carattere vincolante.

Una logica del tutto diversa ispirerà invece la riforma c.d. Bassanini – introdotta con la legislazione del 1997 e del 1998 (art. 36, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, parzialmente modificato dall'art. 19, 8° comma, d.lgs. n. 387/1998, in attuazione della delega conferita dall'art. 1, 4° comma, lett. g), legge n. 59/1997) – con la quale, contestualmente alla c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, verrà esteso il tentativo obbligatorio di conciliazione a tutte le controversie di lavoro (v. artt. 410 ss. c.p.c., come modificati dall'art. 37 del d.lgs. n. 80/1998). La preoccupazione che all'epoca prevalse fu quella di evitare che, nel momento in cui si andava ad estendere la competenza del giudice del lavoro alle controversie del settore pubblico, potesse determinarsi un intollerabile sovraccarico del contenzioso del lavoro (che invece, almeno per questa ragione, non si è nei fatti determinato).

La relativa procedura venne peraltro conformata in maniera differente tra il settore privato e quello pubblico (su cui v. artt. 65 e 66, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, già artt. 69 e 69 *bis*, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) con differenze regolamentari nient'affatto trascurabili: per quanto attiene alla individuazione dell'organo conciliatore (nel primo caso una Commissione stabile e nel secondo caso un collegio costituito ad hoc ad istanza delle parti interessate), con riguardo alla relativa procedura (molto più puntuale ed analitica nel settore pubblico) e con riferimento all'efficacia dell'accordo raggiunto (che nel settore pubblico era destinato ad assumere immediatamente efficacia di titolo esecutivo).

Entrambe le procedure conciliative non hanno dato i risultati auspi-

cati, probabilmente per difetti intrinseci, ma anche per la responsabilità (per non parlare di sabotaggio) degli operatori del settore, ad iniziare dal ceto forense, che si è subito adeguato a presentare istanze conciliative frettolose e sintetiche, spesso su moduli prestampati, sino ai giudici del lavoro, che hanno dato scarso peso alla precedente attività conciliativa limitandosi a sospendere il processo nei soli casi in cui la procedura conciliativa era stata totalmente disattesa. Sicché la conciliazione obbligatoria si è tradotta in una pratica burocratica, solitamente soltanto dilatoria, con una scarsa partecipazione delle parti litigiose, e gestita apaticamente dagli stessi conciliatori, i quali si sono prestati a ratificare passivamente accordi già altrove definiti.

Ma prima di procedere oltre nell'esame delle più recenti evoluzioni dell'istituto occorre segnalare, per completezza espositiva, quantomeno due altre figure tipiche di conciliazione maturate nella complessa trama della regolamentazione dei rapporti di lavoro, le quali presentano connotazioni e riflessi del tutto particolari. Ci si riferisce, in primo luogo, alla procedura di conciliazione prevista dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 (di attuazione della direttiva 2000/43/CE), sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine, e all'analogha procedura prevista dal d.lgs. n. 216/2003, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, che pure persegue varie forme di illecite discriminazioni. Entrambe le discipline richiamate prevedono, all'art. 4, che chi intende agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una discriminazione dovuta a ragioni di razza o d'origine etnica (art. 2, d.lgs. n. 215/2003), ovvero a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età e dell'orientamento sessuale (art. 2, d.lgs. n. 216/2003), può promuovere, in alternativa alle procedure previste dai contratti collettivi, il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. (nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 66, d.lgs. n. 165/2001), anche tramite le varie associazioni individuate dal legislatore. L'originalità della fattispecie è costituita dalla materia oggetto di conciliazione che, riguardando diritti fondamentali della persona, non sembra suscettibile di accordi conciliativi idonei a consentire rinunzie e transazioni di carattere inoppugnabile.

La seconda fattispecie è quella definita della « conciliazione monocratica », introdotta dall'art. 11, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, che orbita in un'area per così dire previdenziale, ed è assegnata alla competenza di un funzionario della Direzione provinciale del lavoro, il quale, al fine di

prevenire un'ispezione (conciliazione preventiva), ovvero nel corso di svolgimento della stessa (conciliazione contestuale), può « avviare il tentativo di conciliazione sulle questioni segnalate ». La peculiarità di tali conciliazioni, anch'esse sottratte alle prescrizioni dell'art. 2113, 1°, 2° e 3° comma, c.c., consiste nel fatto che l'accordo, non solo può definire situazioni controverse tra le parti del rapporto di lavoro, ma sembra suscettibile di incidere anche sui profili di carattere contributivo-previdenziale espressamente sottratti alla loro disponibilità, atteso che i versamenti dei contributi previdenziali e assicurativi, riferiti alle somme concordate in sede conciliativa in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché il pagamento delle somme dovute al lavoratore, « estinguono il procedimento ispettivo ». Anche in questo caso la conciliazione viene a toccare interessi di valenza pubblicistica che trascendono le parti negoziali e come tali del tutto indisponibili già alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 2115 c.c. secondo cui « è nullo qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza ».

Il che conferma ancora una volta l'estrema flessibilità dell'istituto conciliativo e anche la sua implicita ambivalenza in tutti quei casi in cui, anche a livello normativo, affiora la tendenza ad assegnargli compiti ulteriori rispetto alla sua funzione tipica, ad esempio di attenuazione e modularizzazione delle discipline inderogabili ovvero di sanatoria di prassi che irregolari.

### 3. La conciliazione nella riforma delle procedure stragiudiziali

L'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183, c.d. Collegato lavoro, interviene incisivamente sui rimedi di composizione stragiudiziale delle liti alternative al processo, concentrandosi su tre istituti – la *certificazione*, la *conciliazione* e l'*arbitrato* – dei quali viene ridisegnata la fisionomia nell'auspicio di una più intensa applicazione <sup>(6)</sup>.

<sup>(6)</sup> Per una visione di insieme cfr. per tutti A. PRIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro*, Padova, 2003, ed ivi ampia bibliografia; nonché M.G. GAROFALO-R. VOZA (a cura di), *La deflazione del contenzioso del lavoro*, Bari, 2007. Sul testo di riforma cfr. pure il fasc. n. 5/2010 di *Mass. giur. lav.* con contributi di C. Punzi (p. 352), B. Capponi (p. 357), A. Vallebona (p. 362), V. Bertoldi (p. 365), R. Tiscini (p. 372), G. Sigillò Massa (p. 381), R. Vaccarella (p. 388).

Sotto il profilo ricostruttivo l'istituto della conciliazione si pone in un rapporto di correlazione logica e funzionale, da una parte, con l'istituto della *certificazione* – incisivamente ritoccato con interventi suscettibili di modificarne la destinazione funzionale e probabilmente le potenzialità applicative – e, da un'altra parte, con quello dell'*arbitrato*, su cui maggiormente si è esercitata l'incontinenza regolativa del legislatore, in termini alquanto farraginosi e (probabilmente) poco producenti.

Ed invero, *la certificazione* interviene prevalentemente nella fase costitutiva dei rapporti di lavoro, non più soltanto ai fini della qualificazione della natura giuridica degli stessi – profilo su cui l'esperienza applicativa è stata fallimentare – ma anche per un goffo tentativo di favorire un'articolazione, o meglio, personalizzazione delle clausole contrattuali (dai risvolti indefiniti e comunque problematici). All'istituto della certificazione è parimenti affidato l'obiettivo ambizioso di veicolare una clausola compromissoria attraverso la quale si immagina di potere dirottare buona parte delle controversie di lavoro dalla sede giudiziaria a quelle stragiudiziali. Scommessa molto impegnativa, dagli esiti imprevedibili, la quale dovrà scontare preliminarmente seri sospetti di incostituzionalità della norma, già evocati nel monito del Capo dello Stato del marzo 2010, e niente affatto superati dai ritocchi di stampo formalistico introdotti nella versione definitiva del testo di legge.

Per quanto riguarda invece l'*istituto arbitrale*, esso si pone in successione temporale rispetto al tentativo conciliativo, nelle due versioni dell'arbitrato di equità (7) e dell'arbitrato di diritto, assoggettati ad un'operazione confusa di assimilazione concettuale ed operativa, come si desume dalla disciplina sulla impugnabilità del lodo arbitrale (ex art. 808 *ter*, c.p.c.).

Altrettanto interessante è altresì rilevare come l'arbitrato sia stato ricostruito in un'ottica affine alla conciliazione, quasi come un naturale prolungamento della stessa, com'è consentito desumere dalla natura negoziale del lodo arbitrale e dalla validità (*melius* inoppugnabilità) delle

(7) Su cui cfr. M. MISCIONE, *Quale arbitrato d'equità in materia di lavoro*, in *Dir. lav.*, 2010, n. 23, p. 1298 ss.; in termini più generali cfr. A. VALLEBONA, *L'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 5, p. 362 ss.; C. PUNZI, *ivi*, p. 352 ss.; R. VACCARELLA, *ivi*, p. 388 ss.; D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro secondo il nuovo art. 412 quater*, (datiloscritto), aprile 2010. Da ultimo cfr. l'ampia trattazione di R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, p. 106 ss.

rinunce e transazioni eventualmente incorporate nel lodo arbitrale, sia esso di equità o di diritto. Ed invero, come il legislatore sottolinea in più occasioni, il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato produce tra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 e all'art. 2113, 4° comma, c.c., ed è impugnabile per i motivi specificati nell'art. 808 *ter* c.p.c. (v. *sub art.* 412, n. 2; art. 412 *quater*, 10° comma, c.p.c.) (8).

Nel contesto indicato si comprende la grande attenzione dedicata all'istituto della conciliazione, con riferimento al quale le modifiche si irradiano in quattro direzioni principali: a) l'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.; b) la proliferazione delle sedi conciliative con l'introduzione di una procedura del tutto inusitata dotata di una peculiare flessibilità; c) la definizione di un'analitica disciplina procedurale che, oltre a fare tesoro di alcune esperienze pregresse, vorrebbe istituire un più stretto raccordo funzionale tra l'istituto della conciliazione e quello arbitrale, anch'esso incisivamente rivisitato per favorirne la più ampia diffusione; d) la tendenziale definizione di una procedura conciliativa unitaria ben evidenziata dalla contestuale abolizione dello speciale procedimento previsto per il settore pubblico dagli artt. 65 e 66 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

#### 4. L'abolizione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione

L'abolizione dell'*obbligo di esperire il tentativo di conciliazione*, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, raccoglie le critiche diffuse al predetto istituto, che ha dato risultati alquanto modesti in termini deflattivi del contenzioso, pagati peraltro al prezzo di un ulteriore rallentamento dei tempi dell'azione giudiziaria, tant'è che nei fatti si è tradotto per lo più in un adempimento burocratico e formalistico da assolvere sommarariamente senza eccessive aspettative (9). Si ritorna pertan-

(8) Sotto questo profilo il percorso riformista è ben segnalato dalla definitiva sostituzione della clausola normativa contenuta nell'ultimo comma dell'art. 5, della legge n. 533/1973, il quale, disciplinando l'arbitrato irrituale, stabiliva che « *si osservano le disposizioni dell'art. 2113, secondo e terzo comma, c.c.* », là dove è ora prescritta l'applicabilità del 4° comma.

(9) La obbligatorietà del tentativo di conciliazione venne introdotta con la riforma del lavoro pubblico e la devoluzione al Giudice del lavoro delle relative controversie per-



to, senza alcun rimpianto, alla facoltatività delle procedure conciliative, che vengono tuttavia rimodellate al fine di renderle più rigorose ed efficienti quale possibile alternativa alle pastoie del contenzioso giudiziario.

L'obbligatorietà della procedura conciliativa rimane in vita per le sole azioni volte ad impugnare le certificazioni effettuate ai sensi degli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003 e succ. mod. (così come disposto dall'art. 80, 4° comma, d.lgs. n. 276, cit.), e ciò al fine di assicurare una qualche credibilità delle procedure di certificazione, mentre è discutibile che l'obbligatorietà permanga per altre ipotesi tipizzate, non espressamente richiamate e con ogni probabilità già travolte (ex art. 15 disposizione sulla legge in generale) dalla disciplina generale contenuta nell'art. 36, 1° comma, d.lgs. n. 80/1998, come nel caso dell'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione in via preventiva rispetto all'impugnativa giudiziale del licenziamento adottato da imprese di minori dimensioni.

Alla rimozione dell'obbligo conciliativo corrispondono vari incentivi, diretti ed indiretti, per rendere appetibile l'iniziativa delle parti, ed al contempo sono abbozzate forme indirette di penalizzazione nel caso di mancata accettazione di proposte conciliative ritualmente formulate. Ma ciò che più rileva ai fini incentivanti è il mutamento del contesto giuridico generale entro cui le procedure conciliative vanno a collocarsi: contraddistinto da un incremento dei poteri dispositivi e regolativi delle parti private e dalla contestuale svalutazione del sindacato giudiziario nell'esame di merito degli atti di esercizio dei poteri imprenditoriali.

## 5. La moltiplicazione delle sedi conciliative

La volontà di alimentare pratiche conciliative è linearmente evidenziata dalla *moltiplicazione delle sedi conciliative* (che a una prima appros-

---

ché si temeva una esplosione del contenzioso che ha invece registrato un incremento gradualistico (v. art. 11, 4° comma, lett. g), legge delega 15 marzo 1997, n. 59, attuata con gli artt. 31 e 32, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, per le controversie del settore pubblico, e con gli artt. 36 e 39 per quelle del settore privato). Sull'obbligatorietà del tentativo si è pronunciata la Corte cost. con sent. n. 276/2000 (in *Foro it.*, 2000, I, c. 2752, con nota L. DE ANGELIS) dichiarando infondati i sospetti di incostituzionalità *sia* per eccesso di delega, *sia* per violazione del diritto di azione, in quanto quest'ultimo non pregiudicato dai termini per l'esperimento della procedura. *Amplius* sul tema M.G. GAROFALO-R. VOZA, *La deflazione*, cit.

simazione raggiunge il numero di dieci sedi conciliative): a quelle tradizionali (conciliazione amministrativa, sindacale e giudiziale), si aggiungono quelle deputate alla certificazione dei contratti di lavoro, e precisamente: *a)* gli Enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale; *b)* le Direzioni provinciali del lavoro e le provincie secondo quanto stabilito da apposito decreto ministeriale; *c)* le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie; *d)* il Ministero del lavoro nei casi in cui l'impresa abbia sedi in più realtà territoriali; *e)* i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

Inoltre, a trascurare le molteplici procedure conciliative prefigurate dalla contrattazione collettiva, specie nel settore pubblico, ove da tempo operano importanti accordi confederali, non possono essere traslasciate, per l'importanza anche teorica che assumono, le procedure conciliative che incidono in ambito *lato sensu* previdenziale, quali in particolare la conciliazione monocratica affidata a funzionari pubblici e l'accordo conseguente alla diffida accertativa per i crediti di lavoro (artt. 11-12, d.lgs. n. 124/2004).

Come se non bastasse, la normativa di riforma introduce, nell'art. 31, 8° comma (in sostituzione dell'art. 412 *quater* c.p.c.), una peculiare modalità di conciliazione ed arbitrato dai tratti alquanto inusitati, la quale si contraddistingue per la sua implicita duttilità essendo suscettibile di essere utilizzata nei più diversi contesti organizzativi.

Non può sfuggire il significato di politica del diritto della richiamata proliferazione di sedi conciliative, che esprime la ferma volontà di favorire in ogni modo la definizione bonaria delle liti, ma non possono neppure essere trascurati i limiti di una tale impostazione che snatura la funzione originaria dell'istituto con l'attribuzione di competenze delicate a soggetti non del tutto collaudati ed affidabili. A questo proposito non si può fare a meno di ricordare che la disinvoltura con la quale sono state gestite in passato le conciliazioni sindacali, con fenomeni ben noti di malcostume, *da una parte* è stata una motivazione non secondaria dell'opzione legislativa favorevole all'istituzione della conciliazione obbligatoria dinanzi alle Direzioni provinciali del lavoro, *da un'altra parte* rende ragione di un'ampia elaborazione giurisprudenziale divenuta progressivamente sempre più rigorosa e persino severa sui requisiti necessari per la validità e l'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali.

Per fugare almeno in parte i timori prospettati, il legislatore ha voluto prefigurare, nell'art. 31, 1° comma (che sostituisce l'art. 410 c.p.c.),

una procedura alquanto analitica, palesemente sovrabbondante, che evoca i tratti di un vero procedimento giudiziario. Tuttavia non vi è alcuna garanzia che tale procedura venga realmente seguita ed è anzi assai probabile che le varie sedi conciliative, in competizione tra loro, si adeguino a pratiche sommarie e sbrigative ben poco garantiste.

#### 6. L'abolizione della procedura speciale per il settore pubblico

Nel contesto descritto si comprende l'abolizione della speciale procedura prevista per il settore pubblico dagli artt. 65 e 66, d.lgs. n. 165, che aveva una sua giustificazione nella peculiare ritualità del procedimento, che ora viene in gran parte « copiata » e diventa di portata generale una volta esteso, con alcune modifiche, anche al settore privato. Sicché si realizza una unitarietà di disciplina, tra l'altro, *sia* per quanto concerne i termini rilevanti agli effetti interruttivi/sospensivi, *sia* con riguardo agli organi territorialmente competenti, individuati secondo i fori prefigurati dall'art. 413 c.p.c., *sia* con riferimento al contraddittorio delle parti quale si dovrebbe sviluppare nei vari atti difensivi.

Per incentivare le conciliazioni, il legislatore arriva al punto di prevedere un vero e proprio salvacondotto per i funzionari pubblici che partecipano alle trattative conciliative esonerandoli da eventuali responsabilità, anche erariali, « *salvo i casi di dolo e colpa grave* » (art. 410, 8° comma, c.p.c.).

Il riconoscimento di una così ampia discrezionalità può destare perplessità per il timore che vengano favorite pratiche lassiste e collusive così diffuse nella pubblica amministrazione in contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e di trasparenza che dovrebbero sempre improntare l'azione amministrativa. Preoccupazione, questa, di cui si è fatto carico anche il Capo dello Stato allorché ha osservato (*sub* pag. 5 del messaggio inviato alle Camere) che « *in tal caso è particolarmente evidente la necessità di chiarire se e a quali norme si possa derogare senza ledere i principi di buon andamento, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 della Costituzione* ». Interrogativi quanto mai pertinenti, ma rimasti privi di approfondimento perché l'attuale Governo non ha mostrato alcuna seria volontà di cimentarsi in un'opera così impegnativa che avrebbe comportato la necessità di ripensare le procedure conciliative in senso lato e delimitarne gli ambiti di ammissibilità.

#### 7. L'oggetto delle conciliazioni

Al di là dei numerosi problemi regolamentari – su cui ci si intratterrà in seguito – il cuore della riforma dell'istituto conciliativo si concentra sull'ampia possibilità di effettuare *rinunce e transazioni* non assoggettate alla disciplina dei primi 3 commi dell'art. 2113 c.c., *vuoi* nel corso del rapporto, cioè per così dire in funzione preventiva rispetto a possibili controversie, *vuoi* in fase già contenziosa, prima o durante la trattazione di una causa di lavoro.

Conciliazioni ad ampio spettro secondo la prassi operativa corrente, che nei fatti possono riguardare tutti i diritti dei lavoratori, *sia* di natura patrimoniale che non patrimoniale, *sia* di matrice legale che contrattuale, *sia* di valenza contrattuale che extra contrattuale, e che possono investire persino gli obblighi di contribuzione obbligatoria, nonostante la comminatoria di nullità prescritta dall'art. 2115 c.c., e implicitamente convalidata nell'art. 38 Cost.

Ciò vuol dire accreditare nella realtà empirica un'ampia negoziabilità dei diritti dei lavoratori, che contraddice le più accreditate ricostruzioni teoriche in vario modo orientate a individuare un nucleo duro di diritti fondamentali intangibili, per lo più connessi alla tutela della persona-lavoratore, ed ispirati direttamente dal testo costituzionale e da importanti documenti comunitari e internazionali.

Queste ricostruzioni mantengono tuttora un alto valore ideale, anche se sembrano sovrappresse da prassi applicative deteriori, ampiamente avallate da una incalzante e rozza legislazione, che segnala un sostanziale livellamento della struttura giuridica dei diritti dei lavoratori e un diffuso fenomeno di patrimonializzazione del contenuto degli stessi.

Persino nelle zone di massima difesa dei diritti dei lavoratori, che attingono alla qualificazione giuridica del rapporto ed alla tutela della stabilità del posto di lavoro, sono ormai rintracciabili ampi margini di negoziabilità, seppure ricorrendo ad artifici tecnici o ad espedienti argomentativi volti a mettere al riparo accordi alquanto azzardati che, almeno in buona misura, travalicano la disponibilità delle parti negoziali.

Come già accennato, in questo processo liquidatorio un punto di svolta è rappresentato dalle *conciliazioni amministrative o previdenziali* disciplinate dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, che hanno consentito la stipulazione di accordi, mediati da funzionari della Direzione del lavoro, su presupposti di fatto alquanto approssimativi e con pos-



sibili effetti espansivi nei confronti di terzi, come dovrebbe desumersi dall'interpretazione letterale del 4° comma dell'art. 11, secondo cui « *i versamenti dei contributi previdenziali e assicurativi, da determinarsi secondo le norme in vigore, riferiti alle somme concordate in sede conciliativa, in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché il pagamento delle somme dovute al lavoratore, estinguono il procedimento ispettivo* ».

Le sofisticate elaborazioni proposte da una qualificata dottrina<sup>(10)</sup> non hanno del tutto eliminato la preoccupazione diffusa che attraverso le conciliazioni monocratiche, specie di carattere preventivo, sia possibile realizzare ampie sanatorie di rapporti irregolari o mascherati con delicati riflessi sul piano contributivo-previdenziale in contrasto con le categoriche prescrizioni contenute nel 3° comma dell'art. 2115 c.c.

#### 8. La disponibilità dei diritti del lavoratore nelle procedure conciliative ed arbitrali

Sul piano sistematico-ricostruttivo le implicazioni di un simile assetto sono di notevole importanza dogmatica e si esprimono essenzialmente nella direzione di una sottile revisione del contenuto precettivo dell'art. 2113 c.c. ove, a fronte dell'inderogabilità della normativa legale e contrattuale, fa riscontro un'ampia disponibilità dei diritti dei lavoratori, non a caso assoggettati ad un processo di erosione interna che li ha portati a valorizzare le implicazioni patrimoniali e risarcitorie anche a costo della lesione di diritti fondamentali.

La norma subisce una forte torsione che ne stravolge la funzione originaria, volta a delimitare i margini di disponibilità dei diritti del lavoratore, con l'effetto di determinare un vero e proprio scompensamento interno tra la parte precettiva, contenuta nei primi tre commi, e quella derogatoria, contenuta nell'ultimo comma, tant'è che le due parti potrebbero oggi leggersi a disposizioni invertite. Tradendo l'ispirazione originaria, la norma sembra volere legittimare la più ampia disponibilità dei diritti del la-

voratore, in costanza e alla cessazione dei rapporti, con l'unico vincolo di seguire delle procedure più o meno stilizzate che forniscono garanzie alquanto superficiali.

L'unico limite che rimane invalicabile attiene alla indisponibilità dei *diritti futuri* non ancora entrati nel patrimonio disponibile del lavoratore (ovvero classificati come diritti acquisiti), giacché investe direttamente la fase regolativa dei rapporti di lavoro, che non può essere concepita in termini difformi dalla disciplina legale o contrattuale. Ma anche a questo riguardo già si intravedono delle crepe attraverso il tentato rilancio delle procedure certificative che sempre più sembrano piegarsi all'esigenza di personalizzare le clausole contrattuali con deroghe preventive al regime *standard*.

Certamente sull'intero dibattito pesa l'anomalia storica dell'art. 2113 c.c. che da una parte sancisce l'inderogabilità delle norme protettive del lavoro subordinato (o almeno della maggior parte di esse), da un'altra parte ne consente una disponibilità per così dire dilazionata attraverso rinunzie e transazioni che possono consolidarsi dopo la cessazione del rapporto. In questo circuito regolativo, ispirato da una logica pragmatica, si insinuano le conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 c.p.c. (formula sostituita dal 7° comma dell'art. 31 con quella: « *ai sensi degli artt. 185, 410, 411, 412 ter e 412 quater* »), la cui ammissibilità dovrebbe tuttavia essere esclusa per quei diritti i quali « *per loro natura o per espresa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti* » (art. 1966 c.c.).

Oggi questi limiti sembrano d'un colpo travolti giacché il legislatore appare esclusivamente preoccupato di garantire una qualche assistenza al lavoratore nella fase negoziale, senza in alcun modo preoccuparsi né della sede interessata né della tipologia dei diritti implicati e del valore che gli stessi assumono anche a livello costituzionale. Senonché in tal modo si accredita una lettura della norma del tutto deformata e completamente bilanciata sullo stato di debolezza negoziale del lavoratore, che trascura la matrice giuridica dei diritti implicati e la loro valenza sovente pubblicistica o quanto meno collettiva.

#### 9. La parabola evolutiva dell'art. 2113 c.c.

Senza volere indugiare eccessivamente sul punto specifico, pure cru-

<sup>(10)</sup> Cfr. M. CINELLI, *Le controversie previdenziali e assistenziali*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, t. II, Torino, 2009, p. 595 ss.; In., *La conciliazione monocratica e la diffida accertativa*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, p. 92 ss.

ziale, per comprendere la riforma è utile riepilogare per sommi capi l'evoluzione storicistica dell'art. 2113 c.c. <sup>(11)</sup>.

All'inizio del secolo scorso la posizione del lavoratore veniva assimilata a quella di un soggetto con ridotta capacità negoziale suscettibile di essere condizionato nel processo volitivo dallo stato di subalterità economica e sociale in cui naturalmente versava, sicché anche il semplice timore reverenziale poteva indurlo a effettuare atti pregiudizievoli dei suoi interessi nel corso del rapporto. Di qui l'art. 17 del regio decreto legge del 1924 sull'impiego privato, il quale dichiara nulli i patti stipulati nel contratto durante la vita del rapporto, lasciando tuttavia il dipendente libero di disporre dei diritti maturati alla cessazione dello stesso <sup>(12)</sup>. Il che vuol dire che l'indisponibilità dei diritti del lavoratore sin dalle origini risulta strettamente correlato allo status di « lavoratore subordinato » che implica una presunzione legale tipica circa l'inidoneità del lavoratore a regolare e disporre consapevolmente dei propri interessi.

Su questo nucleo di base si è innestata la disciplina del codice civile che ha confermato il nesso indissolubile tra stato di subordinazione e indisponibilità dei diritti, sia pure prolungando la tutela al periodo successivo al rapporto di lavoro, sul presupposto che in quella fase il lavoratore si potesse venire a trovare in uno stato di particolare indigenza economica tale da indurlo a qualunque rinuncia pur di disporre rapidamente di una somma di denaro. Coerente con tale impostazione si presenta la facoltà attribuita al lavoratore di impugnare le rinunce e le transazioni una volta sottratto allo stato di subordinazione attraverso una procedura estremamente semplificata suscettibile di invalidare gli atti dispositivi veramente sottoscritti con una mera comunicazione stragiudiziale. E sempre coerente con l'assetto descritto si pone pure la possibilità di effettuare rinunce e transazioni inoppugnabili nell'ambito di conciliazioni matu-

rate dinanzi al Giudice del lavoro, ovvero con l'assistenza dei sindacati, i quali, non si dimentichi, avevano una accentuata connotazione pubblicistica.

Dalla ricostruzione storicistica non risulta invece alcuna differenza tipologica dei diritti implicati e una loro sostanziale equipollenza. Soltanto la Costituzione repubblicana determina una eterogeneità della normativa esaminata e, nel quadro di una valorizzazione del fattore lavoro nelle sue molteplici manifestazioni, rafforza la intangibilità dei diritti del lavoratore quale soggetto esponenziale di una condizione tipica di subalterità sociale e al contempo sembra volere tracciare i lineamenti di una gerarchia di diritti ad esso riferibili alcuni dei quali assolutamente intangibili. Di qui il diffondersi di varie tesi ricostruttive, alcune delle quali puntano decisamente a sostenere l'incostituzionalità della norma che consentirebbe la disponibilità, sia pure mediata, di diritti di matrice impositiva, mentre altre appaiono orientate a differenziare la struttura dei diritti implicati, *ora* attraverso una diversificazione tra i diritti primari, indisponibili, e quelli secondari, assoggettati a regime speciale, *ora* ipotizzando una gerarchia di diritti con un diverso grado di resistenza secondo le indicazioni del testo costituzionale.

Le modifiche introdotte all'art. 2113 c.c. dalla legge n. 533/1973 sul processo del lavoro, niente affatto trascurabili, si inseriscono nel rinnovato contesto ideologico e, ribadendo l'inderogabilità delle norme di fonte collettiva e una sostanziale equiparazione a quelle legali, valorizzano nuovamente la dimensione collettiva degli interessi implicati, facendo così emergere una indisponibilità per così dire speciale, che si correla strettamente ad interessi super individuali e per lo più collettivi, funzionale a consentire un controllo monopolistico del mercato del lavoro, di particolare rilevanza durante lo svolgimento dell'attività lavorativa ma che si attenua alla sua estinzione.

In questo contesto l'inoppugnabilità delle conciliazioni « strutturate », - giudiziaria, amministrativa e sindacale - si giustifica per la qualità delle sedi di conciliazione che assicurano (o almeno dovrebbero assicurare) la corretta applicazione (e non già l'elusione) della disciplina prolettiva, sia legale che contrattuale, in termini non difformi da quella risultante da una pronuncia giudiziaria o da un lodo arbitrale. Per questo motivo rimane di fondamentale importanza prefigurare sedi conciliative imparziali e qualificate e predisporre altresì un procedimento garantista che consenta la puntuale delimitazione della materia controversa.

<sup>(11)</sup> Su cui cfr. per tutti gli eccellenti saggi di C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, e di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti del lavoratore: dalla tecnica al principio e ritorno*, ora in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2008, rispettivamente p. 341 e p. 423; cfr. già G. FERRARO, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII; nonché da ultimo M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2010.

<sup>(12)</sup> Cfr. per tutti D.R. PERETTI GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, Torino, 1963; ID., *Limiti all'applicazione dell'art. 2113 c.c.*, *Mass. giur. lav.*, 1953, p. 123; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1957, II, p. 423.

All'esito del processo evolutivo descritto, il sistema si presenta alquanto compatto e coerente, essendo peraltro imperniato su una netta differenziazione regolamentare delle conciliazioni (amministrative e sindacali) rispetto agli arbitrati (rituali e irrutuali), atteso che, mentre con riguardo alle prime viene consentita una derogabilità dell'art. 2113 c.c., con riguardo ai secondi, e segnatamente con riferimento all'arbitrato ir-rituale, si stabilisce che « si osservano le disposizioni dell'art. 2113, secondo e terzo comma, del codice civile, modificato dall'art. 6 della presente legge ».

In linea con l'evoluzione storica della norma controversa, sono quanto mai corrette quelle ricostruzioni teoriche che, dopo avere rimarcato l'assoluta indisponibilità dei diritti della persona-lavoratore, trattandosi peraltro di diritti che non assumono valenza patrimoniale (art. 1174 c.c.)<sup>(13)</sup>, valorizzano l'aspetto procedurale delle conciliazioni richiamate dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. (prima della riforma)<sup>(14)</sup> in termini niente affatto incompatibili con la struttura concettuale dei primi tre commi e con la prefigurazione di diritti indisponibili, particolarmente pregnanti durante lo svolgimento del rapporto di lavoro allorché lo stato di subordinazione assume carattere per così dire strutturale<sup>(15)</sup>.

Soltanto nell'ultimo decennio inizierà una progressiva e silenziosa inversione di rotta che culmina nella riforma in esame ove le conciliazioni e

gli arbitrati assumono per molti versi una connotazione pressoché coincidente quali strumenti finalizzati esclusivamente ad una rapida definizione delle controversie attuali o persino potenziali<sup>(16)</sup>.

## 10. Le procedure arbitrali

L'ampia promozione della conciliazione con la moltiplicazione delle sedi conciliative costituisce un fattore niente affatto trascurabile negli equilibri regolamentari innanzi evocati, e se lascia trasparire una opzione politica a favore di una sollecita definizione delle controversie del lavoro e di una deflazione del contenzioso giudiziario, è anche la spia semantica di una strisciante erosione dei diritti dei lavoratori, o meglio di una commercializzazione o mercantilizazione degli stessi, in qualche modo omologati nella loro struttura valoriale, indipendentemente dalla fonte normativa, legale o contrattuale, che li ha espressi e dalla rilevanza, anche costituzionale, dei beni protetti<sup>(17)</sup>.

Peraltro la diffusione indiscriminata delle procedure conciliative, dinanzi persino a sedi non sempre idonee e pertinenti, va anche valutata in stretta correlazione con la contestuale revisione dell'istituto arbitrale nelle controversie del lavoro, che subisce un analogo processo di liberalizzazione ovvero, per così dire, di laicizzazione, con la rimozione ormai definitiva dei vincoli che avevano significativamente contrassegnato l'arbitrato, rituale e irrutuale, nell'antica riforma del processo del lavoro.

La svolta è rappresentata essenzialmente dall'ammissibilità dell'*arbitrato di equità*, che consente una definizione degli interessi rapportata al caso concreto, con l'implicita possibilità di disattendere le prescrizioni contenute nella disciplina di legge o di contratto collettivo. Arbitrato di

<sup>(16)</sup> Un'impostazione *toto coelo remoto* è quella che traspare invece dalla recente riforma che trascura la qualità delle sedi conciliative e di rimando svaluta la matrice valoriale dei diritti implicati focalizzando l'attenzione esclusivamente sull'esigenza di favorire accordi privati volti a deflazionare il contenzioso giudiziario.

<sup>(17)</sup> Si passa, per dirla con il linguaggio utilizzato nelle tecniche di conciliazione, dal modello di conciliazione/aggiudicazione, ovvero *rights-base mediation* a quello di conciliazione/mediazione o altrimenti detta *interest-base mediation*, sulle cui differenze si sofferma efficacemente F.P. Luiso, *La conciliazione*, cit., p. 1216 ss., sottolineando che nel secondo caso non è rilevante la fondatezza delle pretese ma la soddisfazione degli interessi assumendo l'accordo il contenuto di un qualsiasi contratto di scambio.

<sup>(13)</sup> Cfr. C. CESTER, *La norma inderogabile*, cit. *passim*.

<sup>(14)</sup> Così P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti del lavoratore*, cit., *passim*.

<sup>(15)</sup> Negli stessi termini si esprime F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 473, il quale condivisibilmente sostiene che « lo speciale regime dettato da tale norma non valga a legittimare accordi derogatori (in virtù di una presunta, ma non dimostrata, integrazione della capacità negoziale del lavoratore), quanto a garantire che gli accordi raggiunti nelle sedi protette, ancorché frutto di un percorso conciliativo, siano conformi alle norme inderogabili che regolano il rapporto o comunque rispettino la loro ratio protettiva. Lo speciale regime della conciliazione, in altre parole, troverebbe la sua giustificazione non nella presunzione di (integrazione della) capacità del lavoratore, ma nella presunzione di conformità degli accordi alle norme inderogabili: in quanto raggiunti grazie all'intervento di un conciliatore qualificato, in grado di assicurare che gli stessi corrispondano alla volontà espressa nelle norme di legge. Così ricostruita, la norma, lungi dal legittimare accordi derogatori, varrebbe allora a garantire la piena conformità degli accordi stessi alla legge: sul presupposto che il giudice o la commissione di conciliazione non potrebbero comunque sottoscrivere accordi illegittimi in danno della parte debole ». Della stessa opinione sembra pure F.P. Luiso, *La conciliazione*, cit., p. 1206.

equità che implica anche un limite o almeno una tipizzazione « chiusa » dei motivi di impugnazione del lodo arbitrale, che rimane sostanzialmente contestabile per ragioni prevalentemente procedurali (composizione del Collegio, trasgressione di regole prestabilite, etc.), quali elencate, per l'arbitrato irrituale, nell'art. 808 *ter* c.p.c. <sup>(18)</sup>.

L'opzione a favore dell'arbitrato di equità suscita naturali resistenze per una sorta di idiosincrasia ideologica con concezioni fortemente radicate nella cultura giuslavoristica, eppure non può essere di per sé stigmatizzata in quanto in gran parte coerente con i contestuali processi di de-rubricazione dei diritti dei lavoratori, e in particolare con l'ampia negoziabilità degli stessi, che si può ormai esercitare nei molteplici canali figurati dall'attuale legislazione.

Certamente la conciliazione e l'arbitrato mantengono una identità dogmatica alquanto differenziata, in quanto la prima è contraddistinta da un'attiva partecipazione delle parti alla definizione dell'accordo conciliativo, che deve essere alla fine reciprocamente accettato, mentre nel

caso dell'arbitrato la decisione finale viene delegata ad un soggetto terzo che si esprime attraverso un provvedimento che, ancorché di matrice negoziale, evoca inevitabilmente una decisione eteronoma. E tuttavia le differenze tra i due istituti vanno progressivamente erodendosi nell'attuale configurazione dei due istituti, come figurativamente evidenziato dal richiamo ricorrente alla stessa normativa, quella in materia di rinunzie e transazioni *ex art.* 2113 c.c., ai fini dell'intangibilità dell'atto finale. Non a caso nelle procedure più innovative, quale quella disciplinata dall'art. 412 *quater* c.p.c., le due funzioni, quella conciliativa e quella arbitrale, sono concepite come fasi interne di un procedimento sostanzialmente unitario. E neppure è trascurabile la prescrizione secondo cui, nel caso di fallimento parziale o totale della procedura conciliativa, gli organi addetti alla stessa sono ormai impegnati a formulare una proposta, che, a costo di stravolgere la funzione riservata della fase conciliativa, viene a rappresentare una seria ipotesi sulla successiva trattazione della controversia.

## 11. L'attivazione della procedura conciliativa nel nuovo art. 410 c.p.c.

La *procedura conciliativa ex art.* 410 c.p.c. è attivata con una comunicazione scritta indirizzata alla Commissione di conciliazione istituita presso la Direzione Provinciale del Lavoro, che può essere promossa anche tramite l'associazione sindacale alla quale la parte interessata aderisce o conferisce mandato. Tuttavia l'istanza deve essere sottoscritta personalmente dalla parte (art. 410, 5° comma, c.p.c.), salvo procura specialmente conferita, ancorché possa essere per così dire mediata o incanalata dalle associazioni di categoria. A questo riguardo la recente circ. ministeriale del 25 novembre 2010 ha ribadito che la delega a conciliare, sia del ricorrente che del convenuto, dovrà essere rilasciata davanti al notaio o ad un funzionario della Direzione del lavoro non essendo ritenute valide quelle autenticate dal Comune ovvero dal difensore di fiducia.

L'istanza può essere sottoscritta anche congiuntamente dalle parti in confronto, come dovrebbe avvenire in prevalenza, atteso che è alquanto improbabile che una parte si attivi per una procedura conciliativa così elaborata senza avere fondate aspettative di una qualche disponibilità della controparte. È chiaro che nel caso indicato l'istanza congiunta do-

<sup>(18)</sup> Nella precedente stesura del disegno di legge era stabilito *sia* nell'art. 411 c.p.c., *sia* nell'art. 412 *quater* c.p.c., che il lodo è impugnabile ai sensi dell'art. 808 *ter*, anche in deroga all'art. 829, 4° e 5° comma, « *se ciò è stato previsto nel mandato per la risoluzione arbitrale della controversia* ». Formula francamente ermetica già per il motivo che non era comprensibile il riferimento all'art. 829 c.p.c. relativo all'arbitrato rituale, il che induceva a ritenere che si trattasse di una espressione criptica attraverso la quale si voleva alludere, nello stile furbesco delle norme regressive degli interessi dei lavoratori, alla possibilità di prevedere nel mandato per la risoluzione arbitrale delle controversie la possibilità di escludere l'impugnabilità del lodo per violazione di legge e di contratto collettivo. Il che avrebbe avuto particolare pregnanza per l'arbitrato di diritto, mentre sarebbe stata una previsione poco significativa per l'arbitrato di equità.

La sua soppressione, oltre ad eliminare un elemento di confusione, ristabilisce la possibilità di impugnare l'arbitrato di diritto per violazione di legge e di contratto collettivo (ma cfr. *contra* A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il « collegato »* 2010, in *Mass. gior. lav.*, 2010, n. 4, p. 210 ss.) il quale così, almeno sotto tale profilo, mantiene una diversificazione rispetto all'arbitrato di equità. Tuttavia restano gravi contraddizioni da subito rilevate dalla più attenta dottrina (A. VALLEBONA, *op. loc. cit.*; C.A. NICOLINI, *Conciliazione e arbitrato*, in M. CINELLI-G. FERRARO, *Lavoro*, cit., p. 565 ss.), giacché l'arbitrato di diritto non è del tutto compatibile con la prescrizione, innanzi richiamata, secondo cui il lodo arbitrale « *produce tra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 e all'art. 2113* ». Formula che comporta la possibilità che il lodo arbitrale incorpori rinunzie e transazioni a diritti derivanti da norme inderogabili di legge e di contratto collettivo da ritenersi valide e come tali inoppugnabili.

vrebbe semplificare i contenuti dei rispettivi atti e anche travolgere i tempi della procedura.

La domanda va consegnata a mano con rilascio di copia per accettazione, ovvero spedita per raccomandata con ricevuta di ritorno, ovvero ancora inoltrata attraverso altri mezzi di comunicazione affidabili come nel caso della posta elettronica certificata (19).

Peraltro la procedura conciliativa può essere azionata *sia* dalle categorie di collaboratori comprese nell'art. 409 c.p.c., ivi compresi i lavoratori « a progetto », *sia* dalle rispettive controparti negoziali, le quali possono avere autonomo interesse all'accertamento e definizione di situazioni controverse.

## 12. Gli effetti della domanda sui termini di prescrizione e decadenza

Come già prescritto dalla precedente disciplina, la comunicazione della richiesta *interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza* (20). Tuttavia gli effetti possono cambiare in relazione alla natura facoltativa del tentativo di conciliazione. In linea di massima occorre ritenere che affinché si verifichi l'effetto interruttivo/sospensivo dei termini sia necessario che l'istanza venga consegnata (o spedita), *vuoi* alla Commissione di conciliazione, *vuoi* alla controparte (per lo più datoriale) (21), considerato che entrambi gli adempimenti sono ritenuti necessari per l'attivazione della procedura conciliativa. Tutt'al più è possibile ritenere che l'effetto sospensivo della decadenza, avendo rilevanza oggettiva, possa realizzarsi già con la mera

(19) Secondo la circolare ministeriale non può essere spedita per fax.

(20) Ai sensi del precedente art. 410, 2° comma, c.p.c., era opinione prevalente che la comunicazione alla controparte e non la mera presentazione della domanda interrompesse la prescrizione e sospendesse il decorso dei termini di decadenza (arg. ex art. 2945, 3° comma, c.c.). In questi termini cf. F.P. LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 1, p. 384.

(21) Trattandosi di atto recettizio, si perfeziona, secondo la più recente giurisprudenza, al momento in cui venga consegnato all'Ufficio postale (Cass., 4 settembre 2008, n. 22287; Cass., Sez. Un., 14 aprile 2010, n. 8830).

comunicazione all'Ufficio del lavoro (22), là dove l'istanza interruttiva dei termini di prescrizione, che assume rilevanza intersoggettiva, debba essere necessariamente comunicata anche alla controparte (per lo più datoriale) (23). Soluzione questa ineluttabile allorché, allorquando l'istanza assume anche valore di atto stragiudiziale di impugnativa del provvedimento datoriale ai sensi dell'art. 32, della legge in esame.

Inoltre deve ritenersi che l'effetto sui termini si realizzi soltanto se l'istanza di avvio della procedura contiene tutti gli elementi richiesti dalla normativa innovativa, dovendosi per contro reputare inadeguata, e pertanto improcedibile, una comunicazione generica e sommaria che non consenta *né* di identificare adeguatamente le parti implicate *né* i presupposti e i contenuti della relativa domanda (su una possibile integrazione a sanatoria, v. circ. min. cit.).

Il tentativo di conciliazione può avere ad oggetto le più disparate questioni inerenti i rapporti di lavoro (24) e tuttavia esso esercita un effetto peculiare con riferimento agli istituti richiamati nell'art. 32 – e tra questi in primo luogo all'impugnativa giudiziale di licenziamento – per i quali il ricorso al Giudice deve essere depositato, a pena di decadenza, entro il breve termine di 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo (25).

La formulazione della norma (contenuta nel 2° cpv. del 2° comma dell'art. 6, come sostituito dall'art. 32) è problematica nello stabilire che

(22) Cf. già Cass., 19 giugno 2006, n. 14807.

(23) Cf. Cass., 15 maggio 2006, n. 11116. Può sinanche ritenersi che la comunicazione abbia efficacia sui termini ai fini sospensivi/interruttivi dal momento in cui viene inoltrata alla Commissione, ma assuma valore anche di impugnativa stragiudiziale nel momento in cui venga comunicata alla controparte, e tuttavia in questo caso non decorrono immediatamente i termini per azionare il ricorso in sede giudiziaria che riprendono a decorrere soltanto dopo 60 giorni dalla conclusione del tentativo di conciliazione.

(24) In questi casi la prescrizione riprenderà a decorrere dopo l'esito negativo della procedura ed eventuali termini di decadenza dovranno considerare il periodo già trascorso prima dell'atto sospensivo.

(25) Nel caso del rifiuto implicito la decorrenza del termine breve inizia ad operare dopo 20 giorni dal ricevimento dell'istanza conciliativa da parte del soggetto passivo. In questo caso sembra non debbano aggiungersi né i residui giorni che ancora non si sono consumati per effetto della sospensione né i venti giorni successivi alla « *conclusione della conciliazione* », ex art. 410, 2° comma, c.p.c., che dovrebbero riferirsi esclusivamente all'ipotesi in cui il tentativo conciliativo abbia avuto possibilità di esplicarsi ancorché con esito negativo.



« *qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al Giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo* ». Ed infatti la norma sembrerebbe riferirsi esclusivamente all'ipotesi del « rifiuto », con riferimento alla conciliazione, e al « mancato raggiungimento dell'accordo » con riferimento all'arbitrato, mentre rimarrebbe indeterminata la decorrenza nel caso di mancato conseguimento di una conciliazione. Per superare l'incertezza è preferibile riferire i due eventi ad entrambi gli istituti e ritenere pertanto che nel caso dell'attivazione della procedura conciliativa i 60 giorni decorrono *sia* una volta trascorsi i 20 giorni concessi alla controparte per aderire al tentativo conciliativo, *sia* dalla redazione/deposito del verbale di mancata conciliazione redatto dalla Commissione al sensi del 2° comma dell'art. 410 c.p.c. (lo stesso dicasi con riferimento alla procedura arbitrale per la quale rileva principalmente il mancato raggiungimento dell'accordo necessario per il suo espletamento).

Ciò vuol dire che, nelle ipotesi considerate dall'art. 32, il ricorso alla conciliazione può determinare una riduzione dei termini consentiti per il ricorso all'autorità giudiziaria, che non deriveranno più dalla sommatoria dei 60 giorni per l'impugnativa stragiudiziale e dei successivi 270 per quella giudiziale, ma potrebbero essere notevolmente più brevi ove il tentativo di conciliazione, rapidamente esperito, abbia dato immediatamente esito negativo con il rifiuto esplicito o implicito (e cioè dopo 20 giorni dall'istanza) della controparte.

Secondo taluni l'abbreviazione del termine per l'avvio dell'azione giudiziaria perseguirebbe una finalità sanzionatoria nei confronti della parte che, avviata la procedura conciliativa, non abbia inteso raggiungere un accordo. Ma la tesi è discutibile perché la riduzione dei termini colpisce principalmente la parte che abbia promosso la procedura conciliativa e abbia subito il successivo rifiuto avversario. Sicché è preferibile pensare che in questo, come in altri casi, si è trattato di un carente coordinamento normativo.

### 13. La composizione della commissione di conciliazione

Cambia anche la composizione della Commissione (e delle sotto-commissioni) di conciliazione, che può essere presieduta, oltre che dal

Direttore dell'ufficio del lavoro, anche da un magistrato collocato a riposo in qualità di Presidente, che dovrebbe garantire una migliore qualificazione professionale e persino una maggiore autorevolezza dell'organo collegiale (ipotesi che verrà probabilmente ostacolata dalla burocrazia ministeriale).

Inoltre la Commissione è composta, come già in precedenza, da quattro rappresentanti del datore di lavoro (e 4 supplenti) e da quattro rappresentanti dei lavoratori (e 4 supplenti), i quali devono essere designati dalle *organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale*, in tal modo accogliendosi un'istanza emersa nella precedente esperienza che aveva evidenziato l'opportunità di valorizzare la rappresentanza sindacale a livello locale. In questa ottica si giustifica il recupero del criterio della « maggiore rappresentatività » di stampo per così dire tradizionale rispetto a quello ormai invalso nella legislazione del lavoro che fa riferimento ai sindacati *comparativamente* più rappresentativi.

La recente circolare ministeriale si sofferma anche sulla composizione della Commissione stabilendo che i dirigenti delle Direzioni provinciali debbano rivolgersi alle sole organizzazioni sindacali del settore privato per la designazione dei rispettivi componenti, non essendo rilevabili organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro pubblico, e tuttavia le associazioni interpellate dovranno farsi carico delle problematiche delle amministrazioni pubbliche.

### 14. Il contenuto dell'istanza conciliativa

Le novità più significative si concentrano sul contenuto della domanda, nella quale occorre specificare una serie di elementi identificativi della controversia, già peraltro prescritti dall'art. 66 del d.lgs. n. 165/2001, che sotto questo profilo rappresenta il modello originario di riferimento (anche per quanto riguarda i profili interpretativi). E cioè la richiesta deve indicare: le generalità delle parti implicate; il luogo dove è sorto il rapporto, ovvero dove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto – rilevante ai fini della determinazione dell'organo territorialmente competente –; il luogo dove devono essere effettuate le comunicazioni inerenti alla procedura; infine è richiesta « *l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa* ».



Come si è subito rilevato <sup>(26)</sup>, manca la necessità di specificare il *petitum*, anche se tale elemento deve essere implicitamente presupposto nella formulazione di una domanda conciliativa, che deve avere un oggetto preventivamente determinato o determinabile, e tuttavia può mantenere un certo margine di elasticità e di approssimazione.

Merita inoltre di essere evidenziata la necessità che vi sia una *esposizione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa*, secondo una formula peraltro già adottata nel citato, e abrogato, art. 66, d.lgs. cit., che evoca quella contenuta nell'art. 414, n. 4, c.p.c., e che pure se ne differenzia perché, con la richiesta delle « ragioni » anziché degli « elementi di diritto », postula un minor tecnicismo. D'altro canto nel caso in esame, a differenza di quanto si rileverà con riferimento alla speciale procedura di cui all'art. 412 *quater* c.p.c., non operano le scadenze tipiche del processo del lavoro sicché le domande con le relative ragioni giustificative possono sempre essere integrate e modificate in quanto finalizzate ad una definizione bonaria della controversia. Anche se, in virtù del raccordo tra la fase conciliativa e quella arbitrale o giudiziaria, una certa vincolatività della domanda originaria opera nei fatti, altrimenti non sarebbe comprensibile il condizionamento che la proposta conciliativa formulata dal Collegio è destinata a esercitare ai fini della successiva ed eventuale fase giudiziale, specie per quanto concerne il regime delle spese <sup>(27)</sup>.

### 15. La competenza territoriale dell'organo di conciliazione

La competenza territoriale dell'organo adito viene individuata secondo i criteri prescritti nell'art. 413 c.p.c. Il che significa che nel *lavoro pubblico* viene confermata la prescrizione contenuta nell'art. 66, 1° comma, secondo cui la domanda va indirizzata alla Direzione provinciale del lavoro « *nella cui circoscrizione si trova l'ufficio cui il lavoratore è addetto* ».

<sup>(26)</sup> C.A. NICOLINI, *Conciliazione e arbitrato*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Lavoro*, cit., p. 565 ss.

<sup>(27)</sup> È superfluo aggiungere che la proposta che il conciliatore deve formulare modifica la struttura della procedura conciliativa non fosse altro perché il conciliatore deve prendere posizione sulla controversia e, perché ciò avvenga, deve avere una conoscenza analitica della domanda e della correlativa replica.

o *era addetto alla cessazione del rapporto* » (art. 413, 5° comma, c.p.c.). Mentre, per quanto concerne i rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale e di lavoro parasubordinato in genere, la competenza può essere altresì incardinata nel domicilio del lavoratore autonomo (ex art. 413, 4° comma, c.p.c.).

Nei casi indicati ci si trova in presenza di una competenza territoriale tendenzialmente inderogabile, che può essere rilevata a pena di improcedibilità dalle parti interessate e dagli organi della procedura nel corso dello svolgimento della stessa. Anche se deve ritenersi che la domanda inoltrata ad una sede incompetente e ritualmente comunicata alla controparte, produce egualmente l'effetto interruttivo della prescrizione, ex art. 2943, 3° comma, c.c., mentre è discutibile che possa esercitare analogo effetto sospensivo ai fini di eventuali decadenze (v. art. 2964 c.c.). È da ritenere altresì che, in conformità a un indirizzo consolidato, se il vizio di incompetenza non viene in alcun modo eceptito, e l'accordo viene egualmente raggiunto, l'incompetenza territoriale della relativa Commissione non possa essere invocata quale motivo di invalidazione dell'intero accordo conciliativo <sup>(28)</sup>.

### 16. Le opzioni possibili – Il contraddittorio delle parti

Attivata la procedura, si prospettano varie possibili evoluzioni. *Innanzi tutto* che resti improduttiva di ogni ulteriore seguito perché la controparte non ha interesse a approfondire una soluzione conciliativa. Ipotesi questa che dovrebbe risultare prevalente in ragione della scarsa temibilità della domanda conciliativa e dei termini troppo brevi per una adeguata replica (20 giorni dal ricevimento dell'istanza). In tal caso è evidente che l'Ufficio interpellato non potrà convocare le parti come avveniva in precedenza, a meno che non vi sia un ripensamento tardivo della controparte, che in linea di massima dovrebbe essere sempre consentito.

<sup>(28)</sup> Già in passato la dottrina ha escluso l'opponibilità dell'accordo raggiunto dinanzi a sede incompetente per essere stato comunque raggiunto lo scopo conciliativo dinanzi ad un organo imparziale (M. PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 2004, p. 694; A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro*, Milano, 2003, p. 100, a cui si rinvia anche per le varie questioni procedurali).

La seconda ipotesi prospettabile è quella in cui la controparte intende accettare il confronto conciliativo. In questo caso è prevista una analitica procedura che vorrebbe in qualche modo parafrasare quella tipica del processo del lavoro, anche perché proiettata verso una possibile fase arbitrale. Ed invero, se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, è tenuta a depositare presso la Commissione, entro 20 giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale <sup>(29)</sup>.

Ed è subito da rilevare che la memoria difensiva deve essere altresì completa e persino più esauriente del contenuto dell'istanza introduttiva, in quanto vanno precisate « le eccezioni in fatto e in diritto » e prospettate eventuali domande in via riconvenzionale. Entro 10 giorni successivi al deposito della memoria, la Commissione fissa la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, che deve essere espletato entro i successivi 30 giorni. Si tratta di termini abbastanza ravvicinati e tuttavia meramente ordinatori in quanto derogabili in virtù di accordo delle parti interessate.

Se poi la conciliazione riesce, anche limitatamente a una parte della domanda, « viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della Commissione » <sup>(30)</sup>.

Come si può notare, rispetto al procedimento precedente, viene eliminata la prescrizione secondo cui il Presidente « certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere », trattandosi di una prescrizione ormai del tutto anacronistica (sostituita dalla necessaria sottoscrizione ad opera di tutti i componenti della Commissione), e viene eliminato pure l'onere del deposito del verbale nella cancelleria del Tribunale, mentre rimane nella disponibilità delle parti, ove interessate, di attivarsi per richiedere l'esecutività dell'atto conciliativo. In tal caso « il Giudice, su istanza della parte interessata, lo dichiara esecutivo con decreto ». Allo stesso tempo, al fine di rendere meno incidente il controllo giudiziario, è stata pure eliminata la disposizione se-

<sup>(29)</sup> Non sussistono dubbi sul fatto che la conciliazione può intervenire anche una volta trascorso il termine di 20 giorni.

<sup>(30)</sup> Anche se è da dire che l'accordo parziale, benché di nuovo regolato, è alquanto improbabile non avendo trovato riscontro nella prassi applicativa.

condo cui il Giudice emanava il decreto « accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione ».

Si tratta nel complesso di un opportuno intervento di semplificazione della procedura che asseconda la prassi vigente secondo la quale la parte interessata si attiva per la dichiarazione di esecutività soltanto allorché sia stata concordata una rateizzazione del credito ovvero vi sia stato inadempimento, anche parziale, degli impegni assunti in sede conciliativa. Dopodiché il Giudice procede con una certa automaticità limitandosi a controllare i presupposti essenziali per rendere esecutivo il verbale di conciliazione <sup>(31)</sup>.

La terza ipotesi riguarda il caso in cui non si raggiunga un accordo tra le parti. In tale situazione la Commissione – ed è l'innovazione più significativa – deve formulare una proposta conciliativa i cui termini sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. La proposta non accettata è volta a far emergere le responsabilità e, diciamo pure, le ambiguità delle parti nella fase conciliativa, specie allorché siano prive di adeguata motivazione, tant'è che delle risultanze della stessa il Giudice dovrebbe tenere conto in sede di giudizio. A questo fine, al ricorso presentato in sede giudiziaria devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito: adempimento alquanto aleatorio, privo di effettiva sanzione e che, con ogni probabilità, verrà assolto soltanto dalla parte che si abbia interesse.

La formula adoperata, secondo cui il comportamento delle parti, e in particolare il rifiuto « senza adeguata motivazione, della proposta formulata in sede conciliativa, va tenuto in considerazione dal Giudice in sede di giudizio », è reiterata, come si vedrà, con riferimento alla proposta conciliativa formulata dal Giudice e riproduce in gran parte una previsione già contenuta nell'art. 66, 7° comma, decreto 30 maggio 2001, n. 165, a proposito del tentativo conciliativo nel settore pubblico, dalla quale tuttavia si discosta nella parte in cui la norma precedente si limitava a stabilire che il Giudice ne tenesse conto ai fini del regolamento delle spese. È

<sup>(31)</sup> Sul punto si diffonde ampiamente R. TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il restyling della l. n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro)* – il cui saggio è stato letto quando il lavoro era già completato – la quale sembra non tenere conto della diversa regolamentazione della conciliazione amministrativa rispetto a quella sindacale.

chiara la volontà legislativa di rendere più impegnativa la proposta conciliativa e di sanzionare l'immotivato rifiuto di una delle parti. Il che indurrebbe a ritenere che, oltre l'influenza che la predetta proposta può esercitare ai fini del regime delle spese temperando il principio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c., il Giudice possa altresì tenerne conto nella formulazione della decisione in termini evidentemente variabili a seconda della domanda: ad esempio riducendo il risarcimento dei danni in tutti quei casi in cui disponga di un margine valutativo nel determinare la misura. Avremmo cioè una ipotesi peculiare di applicazione dell'art. 1227 c.c., tra l'altro che incorpora anche un profilo di carattere sanzionatorio per le disfunzioni arrecate al processo<sup>(32)</sup>. Ma è tesi che desta notevoli perplessità nella dottrina processualistica non potendosi, trascurare l'interesse, se non il diritto, che può avere una delle parti ad ottenere una sentenza, che ha ben altra « tenuta » rispetto alla conciliazione. Sicché anche in questo caso l'unico riflesso possibile attiene al regime delle spese processuali.

Quanto al ruolo dell'organo conciliativo, dall'articolato normativo emerge che nella prima fase esso appare alquanto burocratico e completamente subalterno all'attività delle parti limitandosi al più a fornire un ausilio conoscitivo al lavoratore e a favorire un avvicinamento delle posizioni controverse. Soltanto in una seconda fase, allorché si intravede la difficoltà di raggiungere un'intesa, il ruolo del conciliatore diventa più attivo o valutativo sino a formulare una vera e propria proposta che può avere una qualche influenza nel successivo contenzioso giudiziario. L'adempimento prescritto, come si è opportunamente rilevato<sup>(33)</sup>, in qualche modo altera la funzione tipica dell'organo di conciliazione, che si avvicina a quella di un mediatore o un arbitro, neppure vincolato da un principio di riservatezza, pure considerato necessariamente intrinseco all'istituto della conciliazione<sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> Sul punto cfr. già F.P. LUNSO, *La conciliazione*, cit., p. 1216, il quale, in termini generali, osserva che: « In sintesi dunque il criterio che il giudice applica sia in relazione alle spese sia in relazione ai danni è il criterio della causalità: intendendosi che ha dato causa alla controversia giurisdizionale colui che ha rifiutato una proposta conciliativa coincidente con quella che sarà poi la decisione del giudice ».

<sup>(33)</sup> Su cui cfr. D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro secondo il nuovo art. 412 quater*, cit.

<sup>(34)</sup> L'ultrattività della proposta conciliativa si pone in contrasto con uno dei carat-

## 17. Il raccordo con la procedura arbitrale

Disposizioni relative alla conciliazione sono anche contemplate nel 1° comma del nuovo art. 412 c.p.c., intitolato alla risoluzione arbitrale della controversia, nella parte in cui si precisa che in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine, in caso di mancata riuscita, le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato di risolvere in via arbitrale la controversia.

A parte la confusa esposizione, la norma è importante non solo perché prefigura la possibilità di una *conciliazione parziale* della controversia, che è tuttavia un'ipotesi alquanto difficile a realizzarsi, ma ancor più perché stabilisce uno stretto raccordo tra la fase conciliativa e quella arbitrale consentendo alle parti di conferire allo stesso organo di conciliazione il mandato per una risoluzione arbitrale della controversia<sup>(35)</sup>.

Peraltro la norma, nella sua portata innovativa, va letta in stretta contiguità con quanto prescrive l'art. 412 *quater* c.p.c., in merito ad « *altre modalità di conciliazione ed arbitrato* », che pure prefigura una procedura articolata in due fasi diacroniche di conciliazione e di arbitrato (su cui v. *infra*). La differenza consiste nella circostanza che nella prima ipotesi

terti tipici della conciliazione e cioè con la riservatezza che dovrebbe contraddistinguere la relativa attività *sia* nel corso della procedura *sia* all'esterno della stessa (su cui cfr. P. BARTOLOMUCCI, voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento III, Torino, 2007, p. 211 ss.), con riferimento alla conciliazione nel lavoro pubblico e alle conseguenti valutazioni del Giudice (p. 231).

<sup>(35)</sup> Si tratta di arbitrato per il quale le parti devono indicare il termine per l'emana-zione del lodo, non superiore a 60 giorni, le norme invocate e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari. Il che induce a ritenere che se nulla viene stabilito il lodo debba essere pronunciato secondo diritto e come tale non può comportare la violazione di norme protettive di legge o di contratto collettivo. Per i tratti indicati il lodo in questione ha natura negoziale e risulta espressamente inquadrato nella categoria degli arbitrati irrituali, sebbene con tratti atipici o ibridi per l'attuata proceduralizzazione ed essendo finalizzato alla emanazione di un lodo impugnabile ai sensi dell'art. 808 *ter*. Sulla relativa problematica cfr. R. DONZELLI, *La risoluzione arbitrale*, cit., e S. BOCCAGNA, *L'arbitrato di equità*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso*, cit., rispettivamente p. 106 ss. e p. 142 ss.

la procedura è azionata per finalità conciliative anche se poi può evolvere in un arbitrato, là dove nella seconda ipotesi l'obiettivo preliminare è affidare la controversia ad un arbitro che pure può esercitare una funzione conciliativa <sup>(36)</sup>.

### 18. La conciliazione giudiziale

Della *conciliazione giudiziale* si occupa il 4° comma dell'art. 31 che, modificando l'art. 420, 1° comma, c.p.c., sostituisce le parole « *e tenta la conciliazione della lite* » con il seguente periodo: « *tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva* ». Per poi aggiungere che la mancata comparizione personale delle parti « *o il rifiuto della proposta transattiva del Giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal Giudice ai fini del giudizio* ».

La formula già in precedenza esaminata (v. *infra* par. 16) va ora rac-

<sup>(36)</sup> La normativa di riforma non prevede un *regime transitorio*, che quindi va disciplinato secondo le regole generali previste dalle disposizioni sulla legge in generale. In linea di principio deve ritenersi che le domande di conciliazione, spedite o depositate prima dell'entrata in vigore della legge (24 novembre 2010), debbano essere assoggettate alla disciplina preesistente (*tempus regit actum*). Analogamente eventuali azioni giudiziarie intraprese prima della data indicata, ove non siano state precedute da un tentativo di conciliazione, devono essere assoggettate alle prescrizioni in precedenza prescritte e pertanto il Giudice dovrà sospendere il processo dando termine di 60 giorni alle parti per promuovere il tentativo di conciliazione di carattere obbligatorio (così ex art. 412 *bis* c.p.c.). Ma in termini più pragmatici v. ora la circ. del Ministero del lavoro del 25 novembre 2010.

La predetta circolare dà anche indicazioni per la gestione delle vertenze in carico alle Direzioni provinciali del lavoro stabilendo che fino al 7 gennaio 2011 la Commissione in regime di « *prorogatio* » procederà a trattare i contenziosi per i quali siano state avanzate le istanze di conciliazione fino al 23 novembre 2010, informando tuttavia le parti sulla non obbligatorietà del tentativo e sulla facoltà di portare a termine la conciliazione per giungere a una transazione comunque valida ed efficace. A far data dal 10 gennaio 2011, la nuova Commissione di conciliazione, costituita con decreto del Direttore della D.P.L., avvierà la trattazione delle nuove istanze volontarie di conciliazione, presentate dal 24 novembre 2010 (convocazione inviata alla D.P.L. e non alla Commissione in proroga). Al contrario, secondo la cennata disposizione ministeriale, i collegi pubblici di conciliazione costituiti ai sensi degli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165/2001, avrebbero cessato *ope legis* l'attività il 24 novembre 2010, sicché le parti possono continuare l'esame della controversia, a questo punto facoltativo, davanti alla Commissione di conciliazione.

cordata con quanto prescritto dall'art. 91 c.p.c., come modificato dall'art. 45, 10° comma, legge 18 giugno 2009, n. 69, in tema di condanna alle spese, secondo cui il Giudice, « *se accoglie la domanda in misura non superiore alla eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta* », e fatto salvo quanto disposto dal 2° comma dell'art. 92, in merito alla compensazione parziale o totale delle spese, consentita ormai soltanto allorquando « *concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione* » <sup>(37)</sup>.

Come già innanzi rilevato, nello svolgimento dell'attività conciliativa il Giudice può giovare dell'attività espletata in altre sedi conciliative ove il tentativo di bonario componimento sia stato preventivamente esercitato e abbia dato esito negativo, ed a tal fine è agevolato dagli adempimenti prescritti dall'art. 411, 2° comma, c.p.c., segnatamente in merito alla proposta conciliativa della Commissione, che deve essere allegata al ricorso introduttivo. In questo caso la proposta della Commissione e quella del Giudice vengono a sovrapporsi ma restano completamente indipendenti non essendo pensabile che il Giudice possa essere vincolato dalla proposta dell'organo amministrativo, tutt'al più potendo risultare rafforzata la determinazione del Giudice di tenerne conto ai fini del giudizio.

Da una lettura diacronica della disciplina esaminata risulta che le parti le quali abbiano accettato di intraprendere un percorso conciliativo, si vengono a trovare sensibilmente pressate per il raggiungimento di un accordo *sia* nella fase propriamente conciliativa, *sia* nella successiva fase giudiziale, ove peraltro la proposta conciliativa può essere reiterata in tutte le fasi del procedimento <sup>(38)</sup>.

<sup>(37)</sup> Per una soluzione ancora più drastica cfr. art. 13, d.lgs. n. 28/2010, secondo cui « *quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il Giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c.* ».

<sup>(38)</sup> Si ricorda che il verbale di conciliazione redatto dinanzi al Giudice diviene titolo esecutivo nel momento stesso in cui si perfeziona.

## 19. La conciliazione sindacale

Apparentemente meno investita dalla riforma è la *conciliazione sindacale*, di cui la novella si occupa frettolosamente in due occasioni: nel 3° comma, II cpv. dell'art. 411 c.p.c. (art. 31, 3° comma), e nel nuovo art. 412 *ter* c.p.c. (art. 31, 6° comma).

Nel primo caso per precisare che « se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, ad esso non si applicano le disposizioni di cui all'art. 410 c.p.c. », e nel secondo caso per ribadire che « la conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'art. 409, possono essere svolte altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative ». In entrambi i casi in sostanza per ribadire una sorta di immunità ed estraneità delle procedure conciliative sindacali rispetto alla disciplina regolamentata dal codice di rito. Il che potrebbe rappresentare una posta a favore della conciliazione sindacale la quale in linea di massima rimane più elastica e informale e meno vincolante in relazione alla successiva, ed eventuale, fase giudiziale<sup>(39)</sup>.

L'unica prescrizione che investe direttamente la procedura sindacale è quella contenuta nell'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 411 c.p.c., che ribadisce quanto già prescritto dalla precedente disciplina in merito al procedimento necessario per rendere esecutivo il verbale di conciliazione. A tal fine « il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di una associazione sindacale », dopodiché « il direttore, o un suo delegato, accertata l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Il Giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto ». A questo riguardo merita di essere osservato che, diversamente dalla conciliazione amministrativa, è rimasta sostanzialmente invariata la formula originaria che imponeva al Giudice di accertare la regolarità formale del verbale di conciliazione, su cui si era ampiamente interrogata la dottrina processualistica per delimi-

<sup>(39)</sup> Così pure L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *www.WPCSDLE « Massimo D'Antona »*, n. 111/2010, p. 6. *Amplius* sul tema M. ROSANO, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso*, cit., p. 161 ss.

tare l'oggetto del controllo (ma v. pure art. 825 c.p.c.), anche perché l'autografia delle sottoscrizioni era già demandata al Presidente della Commissione.

In linea di massima deve ribadirsi che l'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione ad opera del Direttore dell'ufficio del lavoro attiene alla regolarità delle firme apposte in calce al verbale e alla riferibilità delle stesse a soggetti che vantano la qualifica sindacale, là dove in tale sede non dovrebbe essere consentito alcun approfondimento sulla rappresentatività dei soggetti intervenuti e, più in generale, sui presupposti giuridici per la redazione di un valido accordo rilevante ai sensi dell'art. 2113 c.c. La stessa verifica neppure è idonea a conferire al verbale la natura di titolo esecutivo alla stregua dell'art. 474, 2° comma, c.p.c. (anche per l'incerta configurazione giuridica del soggetto competente per l'autenticazione), per la cui finalità non a caso è prescritto un procedimento tipico di competenza dell'autorità giudiziaria. Quest'ultima, investita dalla parte interessata, dichiara esecutivo il verbale di conciliazione dopo averne « accertata la regolarità formale » dello stesso. Il che implica che questo secondo accertamento, sebbene ristretto agli aspetti formali, è ben più ampio di quello consentito al Direttore della direzione del lavoro e può quindi riguardare alcuni profili di legittimità dell'accordo, tra cui quelli inerenti la rappresentatività sindacale e il rispetto delle regole procedurali. Tuttavia il predetto accertamento è finalizzato soltanto al provvedimento di esecutività e come tale è autonomamente impugnabile, mentre non si riflette sulla validità ed efficacia della conciliazione che potrà essere sempre messa in discussione attraverso i mezzi di invalidazione degli accordi negoziali<sup>(40)</sup>.

<sup>(40)</sup> Come ormai ampiamente acquisito nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, questa successiva fase procedurale non incide ai fini della validità e « tenuta » dell'accordo conciliativo, che rimane inoppugnabile se correttamente stipulato quand'anche non sia stato reso esecutivo con decreto del Giudice. Così M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 356, secondo il quale « il decreto di omologazione da parte del tribunale ha il solo effetto di dotare il verbale di efficacia esecutiva. Le formalità del deposito in cancelleria e il susseguente decreto del Giudice rilevano soltanto sotto il profilo della possibilità del lavoratore di utilizzare il verbale conciliativo come titolo esecutivo nel caso, ad esempio, mentre non ha alcun effetto sotto altri profili: non vale, in particolare, come argomento per potere fondare l'assoluta inimpugnabilità della conciliazione dei contratti segnati dall'art. 2113, comma 4, c.c. ».



Può essere utile infine evidenziare che non è prescritta analoga procedura per il lodo emanato nell'ambito delle *procedure arbitrali* di fonte sindacale. Il che, ove si volesse escludere l'ipotesi di una mera dimenticanza, indurrebbe a convalidare tesi ricostruttive già accennate in ordine ad un'implicita valorizzazione delle procedure *conciliative* di estrazione sindacale, secondo una tradizione alquanto risalente, in alternativa ad una concezione ancora fortemente legalista e statalista delle procedure *arbitrali* con implicita diffidenza nei confronti dell'arbitrato sindacale che si muove tuttora in un cono d'ombra denso di ambiguità.

## 20. Le implicazioni della riforma sulle conciliazioni sindacali

La ribadita immunità delle procedure conciliative sindacali non significa che le stesse restino completamente insensibili alle radicali modifiche introdotte in materia. Innanzitutto perché le articolate disposizioni codicistiche finiranno per costituire inevitabilmente un modello di riferimento che dovrebbe essere considerato anche nella ridefinizione delle procedure sindacali. Ma ancor più per gli effetti sinergici che dovrebbero verificarsi nella comparazione delle varie procedure conciliative al fine di colmare eventuali lacune o risolvere incertezze interpretative.

A questo riguardo restano da rivedere le questioni più volte prospettate in giurisprudenza in merito alla validità delle conciliazioni redatte in sede sindacale, che investono vari profili ricostruttivi<sup>(41)</sup>. Ad iniziare dall'interrogativo, per così dire ontologico, se le procedure sindacali, parallele a quelle amministrative, devono considerarsi tutte quelle che vengono esperite con l'assistenza di un sindacato, ovvero se devono considerarsi tali soltanto quelle in qualche modo disciplinate nell'ambito di un contratto o un accordo collettivo. La rinnovata proceduralizzazione della conciliazione amministrativa farebbe propendere per la seconda opzione, *sia* per una esigenza di omogeneità sistemica, *sia* per quanto desumibile dall'art. 412 *ter* c.p.c., che sembra volere accreditare le sole modalità di conciliazione ed arbitrato « *previste dalla contrattazione collettiva* ».

Questioni altrettanto delicate riguardano: la rappresentatività dei

<sup>(41)</sup> Su cui cfr. G. FERRARO, voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, 1991, e relativa postilla di aggiornamento, 2007.

soggetti sindacali, la bi-univocità dell'assistenza sindacale, sia dal lato del lavoratore che del datore di lavoro, e l'effettivo ruolo assistenziale che gli organi di conciliazione devono concretamente svolgere. Com'è noto su questi profili è concentrato un contenzioso ampio a causa della frequente contestazione da parte dei lavoratori di conciliazioni sindacali siglate con eccessiva disinvoltura, senza un'adeguata rappresentanza sindacale, ovvero con la partecipazione di sindacalisti sin troppo distratti, a volte neppure designati dalle organizzazioni sindacali a cui il lavoratore risulta iscritto o abbia conferito mandato ma prescelti unilateralmente dalla controparte. È questa una problematica particolarmente delicata, che non può essere approfondita in questa sede, essendo appena consentito rilevare un orientamento progressivamente rigorista e selettivo da parte della magistratura del lavoro impegnata a contrastare pratiche disinvolte, a volte speculative, che compromettono pesantemente importanti diritti dei lavoratori<sup>(42)</sup>.

## 21. La conciliazione nel lavoro pubblico

Con riguardo alla *conciliazione nel settore del lavoro pubblico*, ai sensi dell'art. 31, n. 9, « *le disposizioni degli artt. 410, 411, 412, 412 ter, e 412 quater del codice di procedura civile, si applicano anche alle controversie di cui all'art. 63, comma 1, del decreto legislativo 30.3.2001, n. 165. Gli artt. 65 e 66 del decreto legislativo 30.3.2001, n. 165, sono abrogati* ».

Come già accennato, la disposizione riportata sancisce la piena convergenza delle procedure conciliative ed arbitrali del settore pubblico con quelle del settore privato con alcune marginali differenze. In particolare trova applicazione l'art. 410 c.p.c. sul tentativo di conciliazione, anche per quanto concerne l'individuazione dell'organo funzionalmente e territorialmente competente. E trova altresì applicazione l'art. 411 c.p.c., che originariamente era stato omissivo per mera distrazione. Ed ancora trova applicazione l'art. 412 *ter*, sulle modalità compositive prescritte dalla contrattazione collettiva di settore, e l'art. 412 *quater* sulla esperibilità della nuova procedura, per così dire libera o privata, ivi disciplinata.

<sup>(42)</sup> Cfr. per tutte Cass., 13 novembre 1997, n. 11214; Cass., 3 aprile 2002, n. 4730; Cass., 3 settembre 2003, n. 12858; Cass., 22 maggio 2008, n. 13217.



Del resto l'omologazione delle discipline si giustifica autonomamente per la circostanza che la procedura regolata dal nuovo art. 410 c.p.c. recepisce buona parte delle indicazioni procedurali contenute negli artt. 65 e 66, d.lgs. n. 165/2001, specie per quanto concerne le prescrizioni in merito al contraddittorio che viene ad instaurarsi tra le parti.

L'aspetto più delicato in rilievo attiene al regime di esecutività del suddetto verbale essendo venuta meno la previsione che attribuiva a tale atto un'efficacia esecutiva *de iure* senza necessità di un provvedimento giudiziario (art. 66, 5° comma, d.lgs. n. 165/2001). Sicché diventa giocoforza applicare analogicamente le disposizioni prescritte in proposito per il verbale di conciliazione per il settore privato.

A conferma della volontà legislativa di favorire in tutti i modi l'accordo tra le parti, segnatamente nel lavoro pubblico, si ribadisce quanto già prescritto in precedenti disposizioni, e cioè che « *la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'art. 420, commi 1, 2 e 3, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave* ».

A questo proposito merita appena di essere rilevato che la formula precedente, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 66, era strutturata in termini più generici limitandosi a stabilire che la conciliazione della lite « (...) *non può dar luogo a responsabilità amministrativa* ».

## 22. La procedura conciliativa di cui all'art. 412 quater

La vera novità della riforma è rappresentata dall'introduzione nell'art. 412 quater di una *procedura conciliativa ed arbitrale del tutto innovativa*, in virtù della quale « *le controversie di cui all'art. 409 possono essere altresì proposte innanzi al Collegio di conciliazione ed arbitrato irriparabile costituito secondo quanto previsto dai commi seguenti* ».

Si tratta di una procedura conciliativa libera, e per così dire flessibile, che evoca in parte il modello procedurale già previsto originariamente nel settore pubblico ed ora del tutto abrogato. Ad iniziare dalla composizione della Commissione, che è costituita da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di Presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi alle Supreme Corti.

Al fine di attivare la procedura la parte interessata deve notificare all'altra parte un ricorso sottoscritto personalmente, o da un suo rappresentante al quale abbia conferito mandato, e presso il quale deve eleggere domicilio, che, oltre a contenere il nominativo dell'arbitro di parte, deve indicare « *l'oggetto della domanda, le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fonda la domanda stessa, i mezzi di prova e il valore della controversia entro il quale si intende limitare la domanda* ». Inoltre « *il ricorso deve contenere il riferimento alle norme invocate dal ricorrente a sostegno della sua pretesa e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento* ».

Se la parte convenuta intende accettare la procedura, nomina il proprio arbitro il quale partecipa alla scelta del Presidente (in caso contrario nominato dal Presidente del Tribunale) e della sede del Collegio (se le parti non hanno determinato la sede, il ricorso è presentato al Presidente del Tribunale del luogo in cui è insorto il rapporto ove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale prestava la sua opera al momento della fine del rapporto). E deve altresì depositare a sua volta una memoria difensiva sottoscritta da un avvocato cui abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere domicilio. Memoria che deve contenere le difese e le eccezioni in fatto ed in diritto, eventuali domande in via riconvenzionale, e l'indicazione dei mezzi di prova. Dopodiché parte ricorrente può presentare una memoria di replica « *senza modificare il contenuto del ricorso* » e il convenuto può depositare una controreplica, anche in tal caso « *senza modificare il contenuto della memoria difensiva* ».

Esaurita la fase del deposito degli atti difensivi, il Collegio fissa il giorno dell'udienza entro 30 giorni dalla scadenza del termine per la controreplica, e in *quella sede esperisce il tentativo di conciliazione*. In caso di esito negativo procede ad interrogare le parti e ad assumere le prove, altrimenti invita all'immediata discussione orale. La controversia viene decisa entro 20 giorni dall'udienza di discussione mediante un lodo, il quale, sottoscritto dagli arbitri ed autenticato, « *produce tra le parti gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113, comma 4, c.c., e ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 del presente codice a seguito del provvedimento del Giudice su istanza della parte interessata ai sensi dell'art. 825 c.p.c.* ». Il predetto lodo è impugnabile ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c.

Com'è facile subito rilevare dalle indicazioni sommariamente riportate, nel caso in esame ci si trova di fronte ad una procedura stragiudiziale.

le che opera esclusivamente ad impulso delle parti interessate, le quali hanno un'ampia autonomia nel regolare l'iter procedurale, il contenuto del lodo e i limiti di impugnabilità dello stesso. Si tratta inoltre di una procedura nella quale viene istituito uno stretto raccordo funzionale tra la fase conciliativa e quella arbitrale, tant'è che dovrebbe essere azionata soltanto allorché le parti ritengono di volere accedere ad un arbitrato nel caso di mancato esito del tentativo conciliativo.

In questa chiave si giustifica la peculiare rigidità della domanda introduttiva e delle memorie di replica, le quali non possono essere modificate nel corso del procedimento in quanto vincolanti ai fini della emanazione del lodo arbitrale. Peraltro, nella fattispecie, l'autonomia delle parti si può esercitare in maniera particolarmente incisiva *sic* prefigurando la possibilità di un lodo di equità, ancorché « *nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari* » (formula alquanto ermetica nella sua genericità), *sia* nel limitare i margini dell'impugnazione precludendo la possibilità di contestare il lodo per il mancato rispetto delle regole legislative e contrattuali che disciplinano il rapporto di lavoro.

L'ampia flessibilità del modello introdotto, almeno sotto certi profili, se dà alle parti una opzione compositiva della controversia realmente alternativa in quanto autonomamente gestita, consente anche di implementare la stessa procedura nell'ambito di contesti organizzativi e operativi più o meno strutturati, quali possono essere ad esempio gli ordini professionali e persino le associazioni di categoria. Essi possono organizzare il contesto logistico entro cui la predetta procedura viene incanalata e coprire una parte delle spese.

Peraltro la procedura descritta presenta anche evidenti aporie e asimmetrie, che sono state subito rilevate: ad esempio non è chiaro per quale motivo la parte ricorrente debba sottoscrivere personalmente il ricorso, ovvero conferire mandato a un suo rappresentante, mentre la parte convenuta debba avvalersi necessariamente del patrocinio di un avvocato. Neppure sembra del tutto giustificabile una certa vincolatività nel contenuto del ricorso, che non è congeniale alle procedure conciliative, a meno che tale prescrizione non si giustifichi soltanto per l'esigenza di accelerare al massimo l'esito arbitrale consentendo altresì di quantificare subito il compenso degli arbitri.

È chiaro poi che il maggiore appeal della procedura è connesso alla sua peculiare vincolatività venendo a costituire il lodo al contempo un at-

to negoziale che vincola le parti ed altresì un atto inoppugnabile suscettibile di contenere rinunce e transazioni relative a diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo <sup>(43)</sup>.

La stessa stabilità viene assicurata alle conciliazioni raggiunte nel corso della procedura, che possono estendere l'oggetto della negoziazione oltre il contenuto della domanda originaria e al contempo incorporare rinunce e transazioni non impugnabili ai sensi dell'art. 2113 c.c. Prospettiva, questa, niente affatto tranquillizzante, che può indurre ad un « uso alternativo » della relativa procedura gestita da abili professionisti con l'unico obiettivo di dare stabilità ad accordi già preventivamente definiti, ovvero di mettere una pietra (più o meno) tombale su situazioni di consolidata irregolarità.

Volendo in particolare concentrarsi sulle conciliazioni esperibili nel corso della procedura, occorre precisare che su queste il legislatore non si è affatto soffermato limitandosi a stabilire che « *il Collegio esperisce il tentativo di conciliazione* », dopodiché « *se la conciliazione riesce, si applicano le disposizioni dell'art. 411, commi 1 e 3, c.p.c.* ». Il rinvio ai due commi dell'art. 411 c.p.c. è alquanto problematico anche perché dal contenuto niente affatto equivalente: il 1° comma si riferisce al verbale di conciliazione redatto dinanzi all'apposita Commissione di cui all'art. 410 c.p.c., mentre il 3° comma si riferisce alle conciliazioni definite in sede sindacale.

A voler seguire il dettato normativo, occorre ritenere che, nel caso di avvenuta conciliazione, debba essere redatto apposito verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della Commissione che il Giudice, su istanza della parte interessata, potrà dichiarare esecutivo con decreto. Mentre il richiamo al 3° comma dell'art. 411 c.p.c. dovrebbe rilevare soltanto per la parte in cui si stabilisce che « *ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato ai sensi dell'art. 415 c.p.c. devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito* ».

Tuttavia rimane il dubbio che il riferimento al 3° comma riguardi

<sup>(43)</sup> Anche se una tale stabilità può essere con certezza assicurata soltanto nell'ipotesi in cui venga prefigurato un arbitrato di equità non impugnabile per ragioni di diritto, giacché diversamente il lodo potrebbe essere sempre contestato per violazione di legge e di contratto collettivo.

l'intera procedura inerente le conciliazioni espletate in sede sindacale. In relazione alle quali il processo verbale di conciliazione è depositato da una delle parti presso la Direzione provinciale del lavoro, dopodiché il Direttore dell'ufficio, accertatene l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Soltanto dopo tali adempimenti il Giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto.

Questa seconda opzione rimane preferibile per conferire un maggiore rigore a una procedura conciliativa del tutto privata che si espone facilmente a possibilità di abusi e di prevaricazioni. Rischi, sia ben chiaro, che restano abbastanza consistenti anche una volta rispettati tutti gli adempimenti prescritti.

### 23. L'attività conciliativa degli organi di certificazione

Altrettanto importante e densa di implicazioni è l'attribuzione di una *funzione conciliativa assegnata agli organi di certificazione* costituiti presso le sedi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2004, dinanzi alle quali può essere riprodotta l'intera procedura di cui all'art. 410 c.p.c. innanzi descritta (art. 31, 13° comma).

Il riferimento all'art. 410 c.p.c. indurrebbe a ritenere che presso le sedi indicate possa essere espletato esclusivamente il tentativo conciliativo e non anche quello arbitrale, che risulta invece regolato dall'art. 412 c.p.c., sebbene tale osservazione sia contraddetta da quanto prescritto dal 12° comma dell'art. 31, secondo cui gli organi di certificazione possono istituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c., delle controversie nelle materie di cui all'art. 409 del medesimo codice e all'art. 63, 1° comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Le stesse Commissioni possono sinanche sottoscrivere convenzioni con le quali prevedono la istituzione di « camere arbitrali unitarie » alle quali si applica, in quanto compatibile, l'art. 412, 3° e 4° comma, c.p.c.

Le Commissioni di certificazione competenti ad esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. sono quelle specificate nell'art. 76, d.lgs. n. 276 cit., ed istituite presso: *a*) gli Enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale; *b*) le Uni-

versità pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie; *c*) il Ministero del lavoro nel caso di datore di lavoro che abbia le proprie sedi in più entità territoriali; e *d*) i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12.

Soltanto per questi ultimi viene apportata una precisazione in ordine all'attività certificativa, che si dovrebbe riverberare anche su quella conciliativa, stabilendosi che i Consigli provinciali possono operare « *comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi* », ove risuona l'eco di perplessità diffusamente manifestate sull'attribuzione di compiti particolarmente delicati ai consulenti del lavoro che rappresentano solitamente gli interessi di una parte negoziale.

Non è specificata la procedura che le parti dovranno seguire per la conciliazione dinanzi agli organi di certificazione, limitandosi la norma a stabilire che presso le predette sedi « *può essere espletato il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.* ». Il che, se da una parte vuole indicare un modello di riferimento, non esclude la possibilità che venga introdotta una procedura difforme nel rispetto di alcuni punti fondamentali della procedura legale. Ciò vale in modo particolare per quanto concerne i termini di decadenza per l'azione giudiziaria nel caso di rifiuto della conciliazione o di mancato accordo nel corso della relativa procedura.

In relazione al notevole ampliamento delle competenze degli organi di certificazione, merita di essere ricordato che generiche funzioni di mediazione erano già previste nell'art. 82 del d.lgs. n. 276 cit., con riferimento esclusivo agli Enti bilaterali, competenti a « *certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c., a confermare della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse* ». La stessa generica competenza viene ora estesa a tutti gli organismi contemplati nell'art. 76 con la modifica contenuta nell'art. 31, 14° comma, lett. *a*), introdotta evidentemente per mere esigenze di uniformare il processo di ampliamento delle funzioni attribuite agli organi in questione.

La funzione descritta rimane alquanto evanescente e anzi si prospetta sostanzialmente ripetitiva non essendo chiaro quale interesse possono avere le parti negoziali a ottenere una mera certificazione di eventuali rinunzie e transazioni quando ormai possono ottenere un ri-

sultato ben più pregnante nel corso di una procedura conciliativa esperita dinanzi agli stessi organi, il cui esito assume il crisma della inoppugnabilità (è chiaro che gli effetti sono più limitati perché sono quelli tipici della certificazione, a meno che non si ritenga che la norma originaria avesse già consentito di stipulare rinunzie e transazioni inoppugnabili, ma in tal caso vi sarebbe un'evidente duplicazione con la nuova disciplina in materia di conciliazione dinanzi agli organi di certificazione). Probabilmente la certificazione delle rinunzie e transazioni è destinata ad avere applicazione nel corso delle procedure di qualificazione dei contratti, mentre la conciliazione dovrebbe avere un ambito di incidenza di carattere generale.

Infine la lett. *b*) del 14° comma dell'art. 31 aggiunge all'art. 82 un comma *1 bis* secondo il quale, nell'attività innanzi considerata, « *si applicano, in quanto compatibili, le procedure previste dal capo primo del presente titolo* », e cioè quelle relative alla certificazione in genere, come del resto già ritenuto dalla prevalente dottrina<sup>(44)</sup>, che aveva riconosciuto l'applicabilità *sua* dell'art. 77, decreto cit., per quanto concerne la competenza territoriale, *sua* dell'art. 78, sulla volontarietà della procedura, *sua* dell'art. 79 in merito all'efficacia della certificazione nei confronti di terzi. Mentre più problematica rimane l'individuazione dei rimedi applicabili per la contestazione delle certificazioni in materia di rinunzie e transazioni non risultando pertinenti quelli previsti nell'art. 80, decreto cit., che riguardano la qualificazione dei contratti e dovendosi pertanto applicare i rimedi tradizionali di diritto comune per l'annullamento degli atti negoziali illegittimi.

#### 24. L'invalidazione delle conciliazioni

Un aspetto di grande interesse è relativo ai motivi di invalidazione degli atti negoziali definiti nel corso delle procedure conciliative « garantite » sin qui esaminate. Sul punto non ci sono dubbi che l'inimpugnabilità dell'accordo conciliativo per gli atti dispositivi che vi sono incorporati non esclude la possibilità di contestare altri elementi della fattispe-

<sup>(44)</sup> Cfr. M. MARAZZA, in R. DE LUCA TAMAJO-G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Padova, 2007, p. 930 ss.

cie, tra cui, in primo luogo, la costituzione e la competenza dell'organo conciliativo, la sua corretta composizione e il rispetto della procedura prescritta, mentre più incerta è la possibilità di far valere l'incompetenza territoriale allorquando la conciliazione sia sotto ogni altro profilo regolarmente stipulata. Allo stesso grado si riconosce che l'accordo può essere inficiato per nullità della causa, ovvero per indeterminazione dell'oggetto (art. 1418, 2° comma, c.c.), oppure allorquando l'accordo venga a proiettarsi su diritti futuri ponendosi così in deroga al regime protettivo di carattere inderogabile<sup>(45)</sup>.

Ma i motivi principali che sostanziano l'azione di annullamento sono riconducibili ai vizi del consenso sui quali, nell'elaborazione giurisprudenziale, sono ricorrenti alcune considerazioni.

L'errore deve essere essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.), con la precisazione che nella transazione non può rilevare il mero errore di diritto (art. 1969 c.c.); peraltro la transazione non può essere neppure impugnata per lesione (art. 1970 c.c.), ma tutt'al più invalidata se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa (art. 1971 c.c.).

La violenza, *sua specie* di violenza morale o psicologica, deve assumere i connotati di cui all'art. 1435 c.c., non essendo sufficiente un mero timore reverenziale e neppure il condizionamento derivante dalle pressioni della controparte e dallo stato di bisogno, che l'assistenza dell'organo conciliativo dovrebbe consentire di controbilanciare.

Per la configurabilità del dolo nei termini previsti dall'art. 1439 c.c., è invece necessario che il raggio o l'inganno siano stati fattori determinanti della volontà negoziale, ingenerando nella parte che lo subisce una rappresentazione alterata della realtà<sup>(46)</sup>.

In questi termini si esprime in modo convenzionale, e un po' inerzia-

<sup>(45)</sup> Cass., 26 maggio 2006, n. 12561.

<sup>(46)</sup> Così Cass., Sez. lav., n. 999/2003, n. 16179/2004, Cass., sez. I, n. 13642/2004, Cass., sez. II, n. 235/2007, n. 3388/2007, Cass., sez. III, n. 14628/2009, nonché, con ampia motivazione, App. Napoli, 14 ottobre 2009, n. 5624. La stessa giurisprudenza precisa che l'apprezzamento del giudice sull'esistenza della minaccia e sull'efficacia a coartare la volontà di una persona, come quello sulla rilevanza delle dichiarazioni e del comportamento dell'agente, si risolvono in un giudizio di fatto incensurabile in Cassazione, se motivato in modo sufficiente e non contraddittorio.

le, la consolidata giurisprudenza <sup>(47)</sup> in ordine alla quale vanno tuttavia abbozzate alcune sintetiche riflessioni.

*La prima:* i motivi di invalidazione dell'accordo conciliativo vanno ricostruiti in stretta aderenza ai diversi tipi di conciliazione e alla disciplina che ne regola il funzionamento. Sotto questo profilo è quasi banale osservare che alcune conciliazioni presentano una maggiore resistenza, quella giudiziale *in primis*, mentre altre forme di conciliazione, quella sindacale ad esempio, si espongono a molte obiezioni, segnatamente con riferimento al ruolo e alla rappresentatività dell'associazione sindacale. Ancor più permeabili appaiono poi le forme conciliative aggiuntive introdotte dalla recente riforma, anche per una carente regolamentazione effettuata *per relationem* e quindi con molti margini di approssimazione.

*Seconda considerazione:* dall'elaborazione giurisprudenziale affiora un atteggiamento prevalentemente favorevole a preservare gli atti negoziali definiti in sede conciliativa se non in casi eclatanti e in presenza di elementi documentali e probatori consistenti. Su tale impostazione fa gioco, non solo una certa sommarietà dogmatica in ordine ai requisiti necessari per una valida conciliazione e per la conseguente intangibilità degli atti dispositivi ivi contenuti, ma anche esigenze incalzanti di semplificazione e riduzione del contenzioso del lavoro. Impostazione, questa, quanto mai problematica nel nuovo assetto descritto, per contrastare la quale occorrerebbe almeno che la dottrina giuridica elaborasse e condidesse una teoria generale della conciliazione in materia di lavoro ove alcuni punti fermi siano assolutamente imprescindibili in tutte le sedi conciliative.

---

<sup>(47)</sup> Per tutti cfr. Cass. n. 17785/2002; Cass. n. 16283/2004.